

**Techet Péter**

**Kísérletek a pozitivizmus kritikájára és  
meghaladására a német jogtudományban:  
a decizionista államelmélettől a közigazgatási  
állam koncepcióján át az intézményvédelemig**

**Doktori értekezés**

**Pázmány Péter Katolikus Egyetem**

**Jog- és Államtudományi Doktori Iskola**

**témavezető: Prof. em. Dr. Varga Csaba DSc**

**Budapest, 2018**

## Tartalom

<b>Bevezetés .....</b>	<b>8</b>
<b>I. A jogpozitivizmus ellentmondásai és tévedései Carl Schmitt korai pozitivizmus kritikájának fényében.....</b>	<b>12</b>
I. 1. A természetjog és a pozitivizmus különbségéről .....	13
I. 2. Carl Schmitt normativista természetjoga .....	16
I. 3. A természet mint norma.....	22
<b>II. A pozitivisták joglogika hiányosságai.....</b>	<b>27</b>
II. 1. A jogi axiomatizmus zártsága.....	28
II. 2. A jog saját logikája .....	31
<b>III. Jogpozitivisták alkotmány- és alkotmányozás-koncepció politikai bírálata a német decizionizmus és jogi realizmus irodalmában.....</b>	<b>36</b>
III. 1. Az alkotmány aspektusai .....	38
III. 1. 1. Axiológiai alkotmány-fogalom.....	38
III. 1. 2. Normatív alkotmány-fogalom elemei.....	39
III. 1. 2. 1. A formai elkülönültség .....	39
III. 1. 2. 2. Tartalmi normativitás .....	40
III. 1. 3. Egzisztenciális alkotmány-fogalom.....	42
<b>III. 2. Az alkotmány(ozás) ontológiai elemzése .....</b>	<b>46</b>
III. 2. 1. Normativista alkotmány-koncepció (Hans Kelsen) kritikája .....	48
III. 2. 1. 1. A hipotetikus alaphatárkritikája .....	48
III. 2. 1. 2. Kelsen fiktív ontológiája.....	50
III. 2. 2. Metajurisztikus alkotmány-koncepció és kritikája .....	53
III. 2. 2. 1. A pozitivisták szemlélet meghaladása .....	53

III. 2. 2. 2. Az érték-logika és veszélye .....	53
III. 2. 3. Realista alkotmány-koncepció.....	57
III. 2. 3. 1. Az alkotmányozás funkcionális-egzisztenciális jellege .....	57
III. 2. 3. 2. A realista koncepció sematikus ábrázolása .....	61
III. 2. 3. 3. A forradalom mint jogforrás? .....	63
III. 2. 3. 4. A jog dekonstrukciója .....	67
III. 2. 3. 5. Az akarat mint az érvényesség feltétele .....	68
III. 2. 3. 6. Az akarat mint az érvényesülés feltétele .....	70
III. 2. 4. A realista alkotmány-koncepció konzervatív kritikája .....	77
III. 2. 4. 1. Az önkényesség veszélye .....	77
III. 2. 4. 2. Az idő dialektikája .....	79
III. 2. 4. 3. Az előzetes rend mint feltétel és a homogenitás mint következmény .....	81
III. 3. Az akarat szerepe a jogérvényesülésben .....	84
III. 3. 1. A jogrendszer dinamikus szemlélete .....	84
III. 3. 1. 1. Sein és Sollen .....	84
III. 3. 1. 2. A teremtő akarat .....	85
III. 3. 2. Norma és döntés .....	88
III. 3. 3. A jog szituatív szemlélete.....	90
<b>IV. A Daseinsvorsorge mint a pozitivizmust meghaladó, közigazgatás alapú államlegitimáció...</b>	<b>94</b>
IV. 1. Egy új államlegitimáció és jogszerep igénye .....	96
IV. 2. Daseinsvorsorge: egy új fogalmiság okai.....	98
IV. 2. 1. Társadalmi-történelmi változások .....	98
IV. 2. 2. A Daseinsvorsorge fogalma .....	99
IV. 3. Feladatcentrikus közigazgatástan .....	101
IV. 3. 1. Régi valóság – új dogmatika .....	101

IV. 3. 2. Daseinsvorsorge mint nemzetiszocialista fogalom?	102
IV. 3. 3. Szolgáltató és beavatkozó közigazgatás	104
IV. 3. 3. 1. Szolgáltató közigazgatás	104
IV. 3. 3. 2. A közigazgatás mint állami valóság	107
IV. 4. Daseinsvorsorge mint állami legitimáció	108
IV. 4. 1. Az uralkodó államtól a szolgáltató államig	108
IV. 4. 2. A demokratikus tömegtársadalom legitimációja	109
IV. 4. 2. 1. Az állami kérdések dezideologizációja	109
IV. 4. 2. 2. Totalitás gyengeségéből	110
IV. 4. 3. A totális Daseinsvorsorge	111
IV. 5. Államlegitimáció az ipari társadalom korában	113
IV. 5. 1. A szociális államiság ellenében	113
IV. 5. 1. 1. A forsthoffi jogállam-fogalom problémái	114
IV. 5. 1. 2. A szociális államiság elutasítása az alkotmányos szinten	115
IV. 5. 2. Társadalmi Daseinsvorsorge mint állam nélküli rend	116
IV. 5. 2. 1. A Daseinsvorsorge demokratizálódása	116
IV. 5. 2. 2. A Daseinsvorsorge társadalmiasítása	117
<b>V. Az intézmény mint a pozitív jogi kategóriák meghaladása és az intézményvédelem mint a metapozitivistá alkotmányvédelem a német jogban</b>	<b>119</b>
V. 1. Intézményi gondolat	121
V. 1. 1. Savigny tana	121
V. 1. 2. Hauriou tana	123
V. 2. Az intézményi garancia tanának kidolgozása	125
V. 2. 1. Alapjog-felfogások	125
V. 2. 2. Az intézményi gondolat megjelenése	128



V. 2. 3. Carl Schmitt, az intézmények őre .....	130
V. 2. 3. 1. A weimari alkotmány gyengeségei .....	130
V. 2. 3. 2. Carl Schmitt alkotmánytana .....	131
V. 2. 3. 3. Carl Schmitt kezdeti intézményi garancia-tana .....	134
V. 2. 4. Intézmények definíciói és kategorizációi .....	136
V. 2. 4. 1. Friedrich Giese .....	136
V. 2. 4. 2. Richard Thoma .....	137
V. 2. 4. 3. Carl Schmitt .....	138
V. 2. 4. 4. Bodo Dennewitz .....	139
V. 2. 4. 5. Ernst Rudolf Huber .....	139
V. 2. 4. 6. Friedrich Klein .....	140
V. 2. 4. 7. A weimari birodalmi alkotmány intézményei .....	142
V. 3. Intézményi gondolat a nemzetiszocialista jogtudományban .....	143
V. 3. 1. Az intézményi garancia felszámolása .....	143
V. 3. 1. 1. A nemzetiszocialista intézményi garancia-tan kísérlete .....	143
V. 3. 1. 2. Az intézményi garancia elutasítása .....	144
V. 3. 2. Rend-gondolat mint a pozitívizmus nemzetiszocialista meghaladása .....	145
V. 3. 2. 1. Konkrét rend-gondolat .....	146
V. 3. 2. 2. Konkrét jog-fogalmak .....	147
V. 4. Az intézményi garancia tana a bonni köztársaságban .....	149
V. 4. 1. Intézményi garancia és a Grundgesetz .....	149
V. 4. 1. 1. Jogi intézmények .....	150
V. 4. 1. 2. Intézmények védelme .....	151
V. 4. 1. 3. Garanciatartalmak .....	151
V. 4. 1. 4. Alapjog-közeliség .....	153

<i>V. 4. 1. 5. Egyes intézmények felsorolása a Grundgesetzből.....</i>	154
<i>V. 4. 2. Intézményi alapjog-elmélet .....</i>	154
<i>V. 4. 3. Intézményi garancia meghaladva megőzése .....</i>	156
<i>V. 4. 3. 1. A probléma feloldása .....</i>	156
<i>V. 4. 3. 2. Intézményi garancia pozitíválása? .....</i>	156
<b>Zárszó .....</b>	<b>159</b>
<b>Irodalomjegyzék .....</b>	<b>161</b>
<b>Jogszabályok .....</b>	<b>181</b>

*„...megyek a nincsből a van felé.”*

*(Bereményi Géza)*

## Bevezetés

Az alábbi dolgozat alapötlete – azaz a pozitivista jogtudomány objektivitásának vizsgálata, a „jogászi ideológia” dekonstrukciója, a jog és a valóság (társadalom) kapcsolatának vizsgálata – legelőször Varga Csaba jogelméleti óráin fogalmazódott meg bennem, ugyanis Varga Csaba éppen a problémaérzékenységet, a kritikai szemléletmódot hangsúlyozta óráin és könyveiben egyaránt. Számára a jog nem absztrakt eszme, nem is egyedül tételezettségében létező normahalmaz, hanem a társadalmiasulás folyamataként önállósodott, de célját és jelentését a többi társadalmi alrendszerrel interakcióban hordozó alrendszer. Ugyan a pozitívizmus képes a *már* megszületett, *már* érvényes jogot és annak belső működését logikailag leírni – ennek tökélyre fejlesztett és önmaga szabta céljában (azaz a jog mint önálló, lezárt halmaz belső logikai koherenciájának és működésének leírásában) nem meghaladott és alig meghaladható elmélete a kelsen-i tiszta jogtan –, de a pozitívizmus eleve kizárja azon kérdéseket, amelyek a jog értelmére, külső céljára és külső kapcsolódásaira (létrejövételére, érvényesülésére, megszűnésére) kérdeznének rá. E kérdések egyrésztől megválaszolhatóak egyfajta természetjogi álláspontból, ahol azonban a mérce és a cél továbbra is *Sollen*-kijelentés marad;<sup>1</sup> másrésztől a pozitívizmus meghaladására – vagy még pontosabban szólva: a pozitívizmus nyújtotta szűk, csak a jog már létező belső életére koncentrááló perspektívájánál szélesebb horizontra – leginkább azon megközelítések alkalmasak – mint Varga Csaba lukácsi indíttatású társadalmi jogontológiája is –, amelyek a jog eszközintézményének társadalmi környezetét, hatását, jelentésadó és jelentésnyerő együtt hatásait, interakcióit kísérik meg – egyben a *Sein* és a *Sollen* szigorú szétválasztásának szintetizálásával vagy feloldásával – kimutatni. A jogszociológia megjelenésétől – amely még nem rendszerező igénnyel, pusztán egyfajta heurisztikus jelleggel fordult a jog társadalmi jelentése, érvényesülése, megvalósulása felé – a jogi realizmus vagy a politikai decizionizmus irodalmán át a dekonstrukcióig (*critical legal studies*, *postcolonial legal studies*, feminista jogelmélet, stb.)<sup>2</sup> tart azon megközelítési módok, iskolák pannója, amelyek immáron elméleti jelleggel kívánják a jog belső logikáját kinyitni, a jogi objektivációk kritikáját, dekonstrukcióját elvégezni,

<sup>1</sup> Az alábbi dolgozatban nem kívánunk az egyes természetjogi irányzatok elemzésébe részletesen belemenni, de már az első fejezetben Schmitt korai idealista normativizmusát ábrázolva cáfoljuk a kelsen-i pozitívizmus örök vádját a természetjogi tanokkal szemben, miszerint azok a „naturalista hibába” esve a tényből normára következtetnének. Mindazonáltal a dolgozatban kidolgozatlanul használjuk a „természetjog” kifejezést – könyvtárgyi irodalma van ugyanis a különféle természetjog-felfogásoknak –, egyes esetekben elsősorban nem is a magyar irodalomban (sajnálatosan) majdnem egyedülálló módon képviselt Frivaldszky János-i értelemben (ahol a természetjog mint a jogfilozófia *per se* jelenik meg), hanem az absztrakt észjogi értelemben (főleg a dolgozat harmadik fejezetében).

<sup>2</sup> E teóriákról – egy gyűjteményes könyv recenziójaként – összefoglalásként ld. Techet 2009, 231-237.

éppen azért, hogy a jogi – vaihingeri értelemben vett – *mintha-valóságok* tényleges környezetét, okait, keletkezését meg tudjuk ismerni. Mindez nem destruktív cél, hanem a jog iránti problémaérzékenységünket növeli, ugyanis mindezen iskolák arra mutatnak rá, hogy a jog jelentését a társadalom, végső soron a társadalmat jelentő egyének akarata hordozza. Mindez a jogért való közös felelősségünket hangsúlyozza, mert a fogalmak önmagukban nem jelentenek semmit, azok társadalmi szinten való megvalósulása adja tényleges értelmüket és jelentésüket.

Az egyetemi tanulmányaim során főleg Carl Schmitt politikai szempontú jogelméletében találtam meg azt az értelmezési keretet, amellyel a jogkeletkezés problematikáját – mint *par excellence* nem pozitív jogi, de mindenképpen jogilag releváns kérdést – fel tudtam önmagam számára vetni. Ennek eredménye – egyben a jogi konzervativizmus irodalma irányából megfogalmazott kritikája – főleg a III. és az V., részben a IV. fejezetben jelenik meg.

Az I. és a II. fejezetben egyrészt a pozitívizmus természetjog-kritikájának dekonstrukciójával, Carl Schmitt korai idealista normativizmusának ábrázolásával (ami a Schmitt-irodalomban is általában ritkán megjelenő vonulat), másrészt a csupán belülről értelmezhető, de a jog társadalmi interakcióit leírni, átfogni nem képes pozitív joglogika bírálatával vezetem fel a pozitívizmust meghaladó látásmódokat. A további fejezetek egy-egy konkrét irányból – a német jogtudomány egy-egy vitáját alapul véve – mutatnak fel a pozitívizmust meghaladó koncepciókat.

A III. fejezetben erősen érezhető Carl Schmitt hatása, amennyiben az alkotmányozás (értsd: jogszületés) tényleges folyamatát kívánom ábrázolni, elvégre a pozitívizmus válaszai eleve *a már létrejött, már érvényes* jogrendszerre vonatkoznak, s így maga zárkózik el a jogszületés politikai-társadalmi folyamatainak elemzésétől. E fejezet gondolatisága az, amely már Varga Csaba egyetemi előadásait hallgatva is megfogalmazódott bennem.

Későbbi németországi tanulmányaim során azonban egyre inkább úgy éreztem, hogy doktori dolgozatomban nem a jogszületés metapozitív folyamatának elméleti leírását szeretném nyújtani – mintegy csupán a schmitti alkotmányelméletre építve kutatásaimat –, hanem – ha tetszik, szintén a pozitivista zártságra és lezártaságra törekvés ellenpólusaként – problémakörönként és azokra adott válaszonként mutatnék be egy-egy kísérletet a pozitívizmus meghaladására a német jogtudományon belül. A III. fejezet ezért nem a dolgozat fő üzenete – mert a dolgozat nem egyetlen realista alkotmányontológiává kíván összeállni –, hanem a pozitívizmus egyik megválaszolatlanul hagyott problémájára (a jogszületés és jogérvényesülés folyamatára) adott válaszlehetőségek bemutatása.

A pozitívizmus nem csupán a jog születését zárja ki elemzendő kérdései közül – de a jog társadalmi feladatának és a jog társadalmi jelentésének kérdését sem veti fel. Éppen ezért a III. fejezet után, amelyben a jogszületés kérdése áll a fókuszban, a IV. fejezetben a jog egyik lehetséges társadalmi feladatát – és ezen feladata felől megközelített legitimitációját – vizsgálom meg (*Daseinsvorsorge*). Ernst Forsthoff elméletei azért jelennek meg egy olyan dolgozatban, amely amúgy a jogszületést és jogműködést elemzi, mert Forsthoff gyakorlatilag a jog lényegét és az állam legitimitását (elfogadottságát) a közigazgatás sikerességéből, a gondoskodó államból vezette le. Az V. fejezetben pedig a jog lehetséges társadalmi jelentését és lényegének védelmét hordozó intézmények weimari időkben megfogalmazott német jogtudományi tanát mutatom be.

A IV. és az V. fejezet kifejezetten németországi tanulmányaim során fogalmazódott meg bennem. Ernst Forsthoff nevével korábban is találkoztam, de mivel először csupán közigazgatási jogásznak tartottam, nem foglalkoztam vele részletesebben. Forsthoff Magyarországon amúgy is kevésbé recipiált – leginkább Pokol Bélánál jelenik csak meg mint az alkotmánybíráskodás egyik korai kritikusa –, így örömmel vettem, amikor Carl Schmitt-ről beszélgetve az Ernst Forsthoff-i *Daseinsvorsorge* államelméleti jelentőségére hívta fel figyelmemet az akkor még Münchenben, mára már Jénában közjogot oktató Matthias Knauff professzor. Az ő révén vettem észre, hogy amennyiben a pozitívizmust meghaladni kívánó elméleteket keresek, éppen hogy nem az absztrakció világában kell maradnom: a forsthoffi *Daseinsvorsorge* nagyon is konkrét problémákra adna választ, egyben éppen az állami mindannapokat kifejező közigazgatási jogot helyezi – mind az állam legitimitásának, mind az állami feladatok meghatározásának tekintetében – jogelmélete középpontjába. Éppen ezért egy önálló fejezetben foglalkozom Forsthoff közigazgatás-alapú állam-konceptióival; mindezt az is indokolja, hogy eddig Magyarországon sem Forsthoffról, sem a *Daseinsvorsorge* magyarul (vagy bármilyen más nyelven) nehezen lefordítható céljáról, feladatáról nem született ismertető munka. Ernst Forsthoff munkásságának fontosságára – mintegy a harmadik fejezetben alapul vett schmitti állam- és jogelmélet gyakorlati következményére (miközben Forsthoff önálló jogon része a német jogelméletnek, s nem csupán Schmitt tanítványaként) – szintén Münchenben Jens Kersten professzor hívta fel a figyelmemet, akinek Karsten Fischer politológus-professzorral közösen tartott, minden szempontból nagysikerű 2010/11-es Carl Schmitt-szemináriuma – amelynek keretében Schmitt náci szerepvállalásának lehetséges okaival foglalkoztam behatóbban – jelentős lökést adott saját dolgozatom céljának megfogalmazásakor is.

Az V. fejezet szintén a német jogelmélet irodalmából vett problémakörrel, az intézmények fogalmával és az intézményi garancia metapozitív feladatával foglalkozik. Matthias Knauff volt ezúttal is az, aki Schmitt ezen gyakorlati munkássága felé fordította a figyelmemet, amelynek keretében magam is átértékeltem önnön Schmitt-képemet, elvégre a decizionistaként és antiliberalisként ismert Schmitt éppen azért állította fel intézményi garancia tanát a weimari köztársaság idején (elején), hogy a weimari alkotmány tételes jogi szabályai által lehetővé tett tetszőleges és önkényes változtatgatásokkal szemben (elvégre a pozitívizmus számára a jog forrása nem más, mint a tetszőleges, tartalmilag nem, csak formailag korlátozott állami akarat) megvédje az alkotmány lényegét, az alapjogok liberális felfogását. Az V. fejezetben végigvett intézményvédelem arra is példa, hogy miként tud a jogtudomány a jog céljának – a rend védelmének – éppen akár a tételes jog megkerülésével, de legalábbis a tételes jog által nem támogatott értelmezésével megfelelni. E feladat persze végső soron csak akkor lehet sikeres, ha a felismert cél végül pozitívjogilag is megfogalmazódik. Nem véletlen, hogy mindazt, amit a weimari alkotmány idején Schmitt még a jogtudomány eszközeivel kívánt elérni (azaz az alkotmányi koherenciát és lényegét megvédeni), a bonni alaptörvény már tételes jogilag biztosítja (számos alaptörvényi tétellel). Ekként az V. fejezet – mintegy zárásként – a pozitívizmusba felvett metapozitív meghaladási kísérletek egyik sikeres szintéziseként értékelhető.

A dolgozat elkészítéséhez azoknak mondok köszönetet, akik gondolataikkal, megjegyzéseikkel segítették a munkát: Budapestről Varga Csabának, Cs. Kiss Lajosnak, Karácsony Andrásnak, Varga Zs. Andrásnak, Takács Péternek, Szigeti Péternek; továbbá Németországból Matthias Knauffnak (München/Jéna), Jens Kerstennek (München), ill. a Regensburgi Egyetemen filozófiát oktató Stefan Schicknek. Köszönettel tartozom a Pázmány Péter Katolikus Egyetemnek, amely magyar állami ösztöndíjat biztosított doktori dolgozatom elkészítésének idejére, valamint a német DAAD és a bajor Bayhost ösztöndíjprogramoknak, amelyek bajorországi tanulmányaimat tették anyagiilag is lehetővé.

## **I. A jogpozitivizmus ellentmondásai és tévedései Carl Schmitt korai pozitívizmus kritikájának fényében**

Mielőtt a pozitívizmus meghaladását és/vagy a tételezett jog metapozitivisták továbbfejlesztését célzó német jogtudományi megoldásokat, elméleteket bemutatom, először az egyik legalapvetőbb kettőséget, ami a jogi pozitívizmus és a természetjog „szembenállását” jellemzi, elemzem – elsősorban Carl Schmitt korai, természetjogi, idealista elméletei alapján. Mindez lehetőséget ad arra is, hogy Hans Kelsen természetjog-kritikáját kritikailag megvizsgáljam. Az első fejezetnek mindazonáltal nem az a célja, hogy a természetjog mibenlétéről foglaljon állást. A természetjog és tételes jog kapcsolatát Carl Schmitt egyik korai műve, a „Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen” kapcsán elemzem. Itt ugyanis Carl Schmitt – később, inkább voluntarista elméleteinek tükrében kissé meglepő módon – egy szigorú idealista pozitívizmus-kritikát nyújt, amiben azonban a hegeli etatizmus is megjelenik.

Eme korai schmitti kísérlet, amely a későbbi életszakaszokban decizionista irányból lett felülírva, lehetővé teszi Hans Kelsen természetjog-felfogásának kritikus megtárgyalását is. Főleg a „naturalista hiba” kérdése érdekes. Amennyiben Kelsen a természetjogot „naturalista hibával” vádolja – mintha a természetjog következtetne a Seinből a Sollenre –, félreismeri a természetjog természet-fogalmát. E fogalom nem a Sein-szférának felel meg, mivel a természet a természetjogban, mint ahogy Schmitt korai jogfelfogásában is, Sollen, aminek a törvények – melyek maguk is Sollen-kijelentések – megfelelni tartoznak. Ekként a természet – a természetjog értelmében – nem Sein, hanem Sollen, ezért a „naturalista hiba” sokkal inkább a jogi pozitívizmusnál, amely a jogot a törvényalkotó akaratára vezeti vissza, vehető észre.



## I. 1. A természetjog és a pozitivizmus különbségéről

A természetjog nem abban különbözik leginkább a pozitivista szemlélettől, hogy megkettőzi a jogrendszert – egy örökérvényűnek és a pozitivista nézőpontjából metajurisztikusnak számító szintet feltételezve az emberileg tételezett jogszabályok fölé –, hanem abban, hogy másképp definiálja a jogot, és ezért teoretikus érdeklődése is más irányú.

A pozitivista számára a jog egy emberileg tételezett szabály, amelynek érvényessége mögött *esetleges* emberi akaratok (a törvényhozó hatalmat éppen ténylegesen birtokló személy, csoport, osztály stb. akarata), míg az érvényesülés mögött pedig a végrehajtás *ereje* húzódik meg. A pozitivista a jogot nem tartalma, hanem *formája és sikere* szempontjából észleli: számára a jog eszerint 1. egy mögöttes politikai akarat eszközintézménye, 2. oka ennek megfelelően tetszőleges, 3. legitimitása pusztán a legalitására redukált, és ezért 4. az érvényessége és érvényesülése mögött meghúzódó akaratok erején kívül semmit mást nem észlel a jog okaként. A pozitivista – mivel a jog okát egy esetlegességhez (a hatalom erejéhez, ténylegességéhez<sup>3</sup>) kapcsolja –: 1. a jog vonatkozásában értelmetlennek tartja az ontológiai kérdéseket – a jog születését és okát a politikum jogelméletileg nem megragadható világába helyezi –, ill. 2. a jog esetében így jogtudományosan csak egy ismeretelméletet tud kidolgozni, elképzelni: ennek lenne az a feladata, hogy – mindenféle ontológiai, metajurisztikus, tartalmi elem nélkül – pusztán a formalitás külsődlegessége szempontjából megállapítsa, felismerhetővé tegye azon jellemvonásokat, amelyek (a maga redukált jogszemlélete alapján) a jogot jellemzik. A pozitivizmus – mivel irrelevánsnak tartja a tartalmi szempontokat – relativista és bármit kész jogként elfogadni, amit egy erre hivatott szerv érvényes eljárás keretében érvényesen elfogadott. Mivel azonban az érvényesség is ténylegesen – tehát ha figyelmen kívül hagyjuk a hipotetikus alapnorma *fikcióját* – egy politikai akaratra, a Walter Benjamin által leírt jogtételező erőszakra (*rechtssetzende Gewalt*) vezethető vissza: az eljárás, az elfogadás és a kihirdetés érvényessége sem mond voltaképp semmi biztosat arról, hogy *mi* is valójában a jog.

A természetjog szerint azonban nem tekinthető minden jognak, amit egy megfelelően erős és hatékony akarat jogszabályként kihirdet. A természetjogot ugyanis éppen a jog tartalma érdekli. Míg a pozitivista szerint a jogot tételező emberi akaratnak legfeljebb valamiféle –

<sup>3</sup> Ergo egy Sein-jelenséghez – ennek módszertani hibájáról lejjebb még szólunk.

egyébként szintén tőle származó<sup>4</sup> – eljárási (ergo formális, külsődleges) feltételnek kell megfelelnie a jogi minőség érdekében, addig a természetjog szerint a jogiság minőségének nem elegendő indoka egy akarat, az erőszak ereje, hatékonysága, akár még oly tartós sikere. A természetjogot éppen az érdekli, hogy milyen tartalmi feltételek fennállása mellett tekinthetjük jognak az adott hatékony akarat, erőszak termékét. A pozitivistát viszont csak a külsődlegesség, a legalitás érdekli. A „természetjogász” viszont ama mércét, tartalmi szempontot keresi, amelynek alapján valami jognak tekinthető – ergo nem az emberi akarat megjelenési formájától, erejétől, hanem forrásától és tartalmától teszi függővé a jogi minősítést. A pozitivista számára az érvényesség pusztán formális kategória, amely voltaképp egyetlen jogfilozófiai kérdésre (miért érvényes a jog?, miért kell követnem a jogot?) sem ad választ. Eme kérdéseket a pozitivista eleve nem-joginak ítéli – elvégre számára minden ontológiai kérdés metajurisztikusnak számít –, így 1. vagy az erőszak jogtételező szerepére rámutatva, bármiféle tartalmi-legitimációs igény elől kitér, 2. vagy nem elégszik meg a *legalitás formalitására redukált legitimitással*, és a legitimitás kérdését áttolja a politikai filozófia terepére, mondván: annak feladata, hogy megtalálja ama *értékeket*, amelyeknek szolgálata, megvalósulása esetén nevezhető legitimnek a jogeszköz.

Az a fő különbség tehát – amint arra Walter Benjamin is rámutat – a pozitívizmus és a természetjog között, hogy míg 1. a pozitivistát csak a jogtételező erőszak *formája* érdekli, addig 2. a természetjogászt az erőszak célja – más szóval: a *tartalom* – foglalkoztatja, és attól teszi függővé a jogi minőség elismerését.<sup>5</sup> A természetjogász szerint nem elegendő válasz a jog érvényessége mellett annak kikényszeríthetősége, úgymond legalitása, a jog ugyanis a természetjog szempontjából nem legális erőszak: a jog csak abban az esetben tarthat igényt a legális erőszakra (vagy másképp szólva: a legális erőszakot csak akkor nevezhetjük jognak), ha annak tartalma valóban *kötelező* érvénnyel bír.<sup>6</sup>

Jogfilozófia a természetjog értelmében csak eme utóbbi esetben művelhető – a jogfilozófia ekként szükségszerűen vezet a kelsen-i jogi ismeretelmélet számára nem-joginak, metajurisztikusnak ítélt irányokba. A jog ilyettén heteronómítása csak metajurisztikus

<sup>4</sup> Azon eljárási rend, amelynek betartása voltaképp a jogszabály érvényességének a feladata, nem más, mint egy másik jogszabály. Azaz egy A jogszabály érvényessége a B jogszabály meghatározta eljárási rendre vezethető vissza. Mivel azonban A és B jogszabály egyaránt az állam akarat, így voltaképp a pozitívizmus érvényesség-származtatása egy *időbelileg eltolt tautológia*, amennyiben is az állam későbbi akaratának érvényességét egy korábbi akaratára vezeti vissza. (E láncolat eme módon nem lezárható, ezért van szükség a hipotetikus alapszabály fikciójára.)

<sup>5</sup> Benjamin 1965, 31.

<sup>6</sup> Vö. Frivaldszky 2008, 5. et passim.

(filozófiai) irányból magyarázható.<sup>7</sup> Amint Carl Schmitt kérdezte önmagától ifjúkori naplójában:

„Miért uralkodik az egész világban, minden tudományban, minden emberi tevékenységben egy törvény? Ez az eredetileg jogi fogalom uralja az egész szellemi életet. Ez is bizonyítja, hogy a jogtudomány fontos a filozófiában”.<sup>8</sup>

Eme fontos feladat – a jog által vizsgált élethelyzetek immanens törvényszerűségeinek a feltárása – lenne Frivaldszky János értelmezésében is a jogfilozófia valódi tevékenysége,<sup>9</sup> ami tehát éppen nem azt vallaná, hogy az erő, hanem hogy az igazság – ennek nem absztrakt, hanem helyesség értelmében vett konkrét jelentése – lenne a jog forrása. Ahogy Frivaldszky írja – helyesen szembeállítva a normativistának hitt, de valójában decizionista (ergo tartalmilag nihilista) pozitívizmus jog-képével a természetjogét –:

„a jogász hivatása nem az, hogy egyfajta »istenként« érveivel vagy jogi aktusokkal kreálja különböző divatos igazságosság-elképzelések szerint az emberi viszonyokat, hanem kvázi-filozófus módjára kell az elrendezett dolgok, az emberi viszonyok természetét *keresnie*”.<sup>10</sup>

Természetesen e koncepció voltaképp ama indításként jelzett különbségben áll, hogy a természetjog a jogot nem egy tetszőleges tartalmú, államakarati formának tartja, hanem mércének, amely meghatározza – vagy ha tetszik: leképezi, felismeri, felismerteti, visszatükrözi – a környezetünkben meglévő, embermivoltunkból (magánjog) vagy társadalmiságunkból (közjog) fakadó *immanens rendezettség*et. Így mérceként szolgál a tételes jog számára, elvégre – ismét Frivaldszkyt idézve –

„a természetjogi felfogás szerint az emberi természet alapvető normáit sértő pozitív jogi norma vagy bírói, közigazgatási stb. döntés nem minősül érvényes jogi előírásnak, s így kötelező erővel sem rendelkezik, bármilyen magas szerv is hozza azt meg”.<sup>11</sup>

A természetjog úgy feltételezi tehát, hogy személyközi viszonyainkban – legyenek ezek egymás mellé rendelvek (magánjog) vagy hierarchikusak (közjog) – lenne olyan belső, immanens rend („emberi természet alapvető normái”), amelynek megvalósítása, megerősítése volna a jog feladata: ekként csak ama államakarati forma tarthatna igényt a jogiság többletminőségére, amely eme rendet tükrözi, valósítja meg.

<sup>7</sup> Cumin 2005, 51.

<sup>8</sup> Schmitt 2005, 54.

<sup>9</sup> Frivaldszky 2008, 7.

<sup>10</sup> Frivaldszky 2005, 105. (kiemelés eredetiben) Frivaldszky idézett tanulmányában – a klasszikus római jogi szerzőkre hivatkozással – azt igazolja, hogy mivel a jogász a legitimitás miatt a filozófushoz hasonlóan az igazságot – a tartalmi igazságot – keresi, ám – és ettől több és tán szebb a munkája, mint bármely szobafilozófusé – célja szerint meg is valósítja, ki is kényszeríti – ha kell –, maga a jogász a *valóbb filozófus*.

<sup>11</sup> Frivaldszky 2008, 29.

## I. 2. Carl Schmitt normativista természetjoga

Az alábbiakban – Carl Schmitt egyik korai írásából kiindulva – azt bizonyítjuk, hogy 1. Schmitt számára – legalábbis ifjabb korában – a jog hasonló eszmei tartalmat – és nem pusztán akaratformát – jelentett, mint a természetjog legtöbb irányzata számára, ill. 2. eme természetjogias koncepció – és ekként a korai Schmitt és a vele rokonítható természetjog – egy idealista normativizmust képvisel, ergo 3. nem Kelsen, nem a jogpozitivizmus normativista – ők ugyanis a „naturalista hibába” esnek a jog érvényességének igazolásakor (lásd lejjebb) –, hanem a természetjog (és annak fiatalkori schmitti változata).

Carl Schmitt gondolatisága politikailag egyértelműen a liberalizmussal áll szemben – nem véletlenül szolgálhat megannyi, akár egymással egyébként vitában is álló, ámde antiliberális nézetrendszerek (politikai katolicizmus, marxizmus, neokonzervativizmus, *Nouvelle Droite*, hegelianus etatizmus, hatvannyolcas antiparlamentarizmus stb.) gondolkodói számára egyaránt érv gyanánt –; a jogtudományban pedig a pozitivizmus az ellenfele. A pozitivizmus profán, tartalmatlan jogképével szemben Carl Schmitt számára – nem véletlenül tartotta fontosnak, filozófiai relevánsnak a jogtudományt<sup>12</sup> – a jog olyan eszmét jelent – legalábbis a „Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen” c. korai munkájában –, amelynek megvan a belső eszmeisége, rendszere: a jogásznak ezt kell megtalálnia, képviselnie. Mindezt Hasso Hofmann paradigmikus Schmitt-monográfiájában akként fogalmazta meg, hogy Schmitt egész életében a jog legitimitását kereste – azaz annak okát, amiért valamilyen államakarat formája jogérvénnyel bírhat –,<sup>13</sup> nem elégedve meg a legalitás esetlegességével, formalizmusával, önkényességével.

Minden joghallgató számára meghatározó élmény a jogszabályok biflázása, magoltatása, és annak megtapasztalása, hogy az előző félévben tanult jogszabály idénre tán már legfeljebb a jogtörténészek számára lehet érdekes. A jogszabályok változásai – hogy tényleg a törvényhozó három megfelelő szava egész jogi könyvtárakat tehet semmissé<sup>14</sup> – valóban a jog esetlegességét, tartalmi kötetlenségét bizonyíthatják: azt, hogy a jog érvényességének *mintha* tényleg csak formális-procedurális indokai lennének. (Ugyanez elmondható a bírói ítéletekről is.<sup>15</sup>) Ennek megfelelően Kelsen úgy vélhette, hogy 1. ilyen esetlegességre tudomány

<sup>12</sup> Carl Schmitt mindig is jogásznak tartotta magát, s sohasem jogfilozófiáról vagy jogelméletéről szolt, hanem mindig *Rechtswissenschaft*-ról: amivel éppen eme tudomány lényegességét akarta jelezni (azt, hogy a jogtudomány – ha tetszik – eleve jogfilozófia.)

<sup>13</sup> Hofmann: 2002, 11. et passim.

<sup>14</sup> Kirchmann 1990, 23.

<sup>15</sup> Varga 2003a, 130sk.

egyáltalán nem építhető – mert olyan volna, mintha emberi esetlegességekre akarnánk tudományt (tehát valamiféle rendszerszerűséget) alapozni –, 2. vagy ha mégis, akkor egy olyan tudományos sablont – univerzális jogelméletet<sup>16</sup> – kell felállítanunk, amelyben eme önkényesség, esetlegesség immár tudományos keretbe helyezhető, logikailag magyarázható, modellezhető. Az eredmény egy olyan tiszta jogtan lett, amely – amint egy (kelet-)német kritikus megjegyezte – nem *Rechtslehre* (jogtan), hanem voltaképp *Rechtsleere* (jogüresség).<sup>17</sup>

Kelsen szerint ugyebár a jog 1. *eszköz* (éppen ezért a jogelméletnek nem feladata teleologikus kérdésekkel foglalkoznia), 2. pusztán *formálisan* meghatározott (a jog érvényességének így nincsenek tartalmi szempontjai), 3. tartalma ekképp tetszőleges, 4. a jog érvényességének oka pedig valamely erős akarat sikere. A jognak tehát nincs jogilag értelmezhető ontológiája – a forrásvidéke ugyanis ama esetleges, a jogtudomány számára nem érzékelhető területen helyezkedik el, ami a politikum világa –, tehát Kelsen elmélete vállaltan egy ismeretelmélet csupán: azt határozza meg, hogy miképp ismerhetjük fel a jogot. A jog megismerhetősége formális-eljárási keretben történik: a jog egy bármilyen tartalmú, de meghatározott eljárásban elfogadott, kihirdetett norma. Érvényessége tehát nem egy jogfilozófiai minőség, hanem voltaképp a hatalmi szó szülte fiktív kategória. Az a tudományos keret, amely ezt az esetleges és önkényes világot – a jogét – lefedi, mindenféle logikai feltételek, zárások – ergo gondolati fikciók – révén marad tudományos. A kelseni tiszta jogtanban az érvényesség nem a jogrendszer egészére, csak a normák egymáshoz való viszonyára értelmezhető kijelentés. A hatalom szülte jogszabályok fiktív létállapota – az érvényesség – arra szolgál, hogy – a beszámítás (*Zurechnung*) révén – valamennyi immanens, tartalmi kategóriát (bűn, igazság stb.) kifordítsanak, unifaktorális redukcióval homogenizáljanak, s pusztán egy fiktív kijelentés (jogszabályszerű / jogszabályellenes) feltételeként kezeljenek.<sup>18</sup>

Kelsen tehát dekonstruálta a jogot, amennyiben is tagadta mindazon jellegét – metajurisztikusként vetve el –, amelyet más jogfilozófiák éppen a jogiság kiválasztó tartalmi kategóriájának tartottak. Mivel Kelsen megtisztította elméletét az ontológiai válaszoktól és kérdésektől, az elméletében ábrázolt jognak nem maradt értelmesen megragadható forrása, célja. A forrás – ki nem mondottan – a politikum, a tetszőlegesség: épp ennek nyomán – azaz annak nyomán, hogy tagadta bármiféle *megelőző* rend szükségét a jogrend létrejöttének feltételeként – tudta igazolni ama tézisé, hogy az állam, a demokrácia – ellentétben Schmitt

<sup>16</sup> Kelsen 2001, 1.

<sup>17</sup> Klenner 1972.

<sup>18</sup> Kelsen 2001, 12. et passim.

ezirányú állításaival<sup>19</sup> – nem csak valamiféle eleve létező, homogén közösségben tud létrejönni, hanem bárhol, bármikor, bárkiből. Bármilyen a jog tartalma lehet – ekként a jog fogalma relativizálódik és az esetleges törvényével esik egybe –, mert nincs semmiféle legitimnek mondható mérce.<sup>20</sup> Mivel nem létezik semmiféle tartalmi mérce (igazság, helyesség, „dolog természete”), amint semmiféle előzetesség (megelőző rend, homogenitás, *Gleichartigkeit*) sem, a legitimitás fogalma – mely megelőzően éppen ama elemeket tartalmazta mérceként, amelyektől Kelsen jogtanát és államtanát megtisztította – a legalitásba csúszott át. Legális az, amit a jogszabály megenged. Mivel a jogszabály tartalmilag kötetlen, bármilyen – ha tartja magát a eljárásrendhez – legális lehet, ergo legitim. Kelsen persze úgy vélte, hogy mindez – éppen a demokratikus eljárás szükségszerűsége okán – nem önkényt eredményez, mert amennyiben a jog oka immáron kizárólag az emberi tételezettség, akkor valóban minden megtehető, de az emberek csak annyit tesznek meg, amennyi az érdekükben áll. „Az állam mi vagyunk”<sup>21</sup> – ez a demokratikus kitétel lenne e kelsen államelmélet maximája és önkorlátja. Bármilyen megtehető – de ha mi vagyunk az állam, akkor nem teszünk olyat, ami ne állna érdekünkben.

Amennyiben mindaz, amit az emberek tehetnek, legitim lehet, és amennyiben minden, ami jogszabály (tehát legális), az eleve – a mondat első része okán – legitim, akkor a legitimitásnak immáron semmi (önálló) értelme nincs. Carl Schmitt képes volt azonban érzékelni ennek hiányát, a jog nála ugyanis a rend képe, és a jogszabály csak akkor legitim, ha tartalmában eme rendnek megfelel. A jogszabály legitimitásának kérdése ontológiai kérdés. Legalitása pedig episztemológiai kategória. Kelsent csak ez utóbbi érdekelte: éppen ezért a jogéletet meglehetősen redukáltan észleli („jogtalanított jog”).

A pozitívizmus számára a jog oka egy döntés – a jogalkotó jogalkotó döntése –, s eme döntés eredményét, a normákat kezeli aztán normativistaként.<sup>22</sup> Kelsen – mivel a jog forrását a politikum tetszőlegességéhez köti<sup>23</sup> – nem tudja a létrejött rendszer (s pláne nem a rendszer létrejövételének<sup>24</sup>) érvényességét megmagyarázni: az érvényességet nem a rendszerre, hanem az egyes normákra – így a rendszeren belülre – szorítja. A rendszert – mivel minden

<sup>19</sup> Schmitt 1996, 13-14., ill. Schmitt 2003, 238. et passim.

<sup>20</sup> Ooyen 2009, 35.

<sup>21</sup> Kelsen 1933, 23.

<sup>22</sup> A pozitívizmus ezért a normativizmus és a decizionizmus keveréke, vö. Schmitt 1993, 27.

<sup>23</sup> Kelsen 1914, 217.

<sup>24</sup> Egyenesen jogászilag meg nem ragadható misztériumnak minősítette annak kérdését, hogy miként jön létre a legális rend (Kelsen 1923, 334.), s amennyiben valóban semmiféle megelőző entitást, semmiféle legitimitást nem feltételeztünk – mert mindezt belemossuk a legalitásba, azaz eleve csak a már létrejött rendszer vonatkozásában észleljük –, akkor egy jogász számára valóban érthetetlen tényfolyamat marad a(z ex nihilo) jogszületés.

legitimációs alaptól megtisztította – csak egy később általa is egyértelműen *fikciónak* nevezett<sup>25</sup> hipotetikus alapnormával tudta lezárni.

Ezzel szemben Schmitt korai életművében éppen a jogeszmé – mint a jog forrása és lényege – áll a középpontban. Eme ifjúkori elméleteiben a természetjog számos tulajdonsága megfigyelhető. Schmitt később közeledett a korai elméleteiben még bíralt decizionista-voluntarista álláspontokhoz, hogy aztán mintegy szintézisként feloldja e két ellentétes véleményét az V. fejezetben ismertetendő „konkrét rend” gondolatában. A jogrendszer és az alkotmány stabilitását biztosító intézményi garancia fogalma is egyfajta szintézis, elvégre éppen az intézmények fogalma adott lehetőséget a bonni alkotmánybíróságnak az Alaptörvény szerkezetét a tetszőleges változtatásoktól megvédeni, anélkül, hogy ehhez metajurisztikus érveket kellett volna felhasználnia.

Schmitt korai idealista jogképe az alábbi premisszákra épült:

1. *A jog nem hatalom.* A pozitívizmus számára a jog oka a jogalkotó akarata – márpedig azon akarat tud jogalkotni, amely hatalommal bír. Eszerint egy adott térbeli adottságon (országon) belül az lenne a jogalkotó, aki hatalommal bír – nem a jog a hatalom forrása, hanem a hatalom a jog forrása egy ilyen koncepcióban. E felfogás nem teszi fel a hatalom legitimitására irányuló kérdést, ám ezért nem is tudhatna különbséget tenni egy rabló és a NAV-tiszttségviselő pénzkérő felszólítása között. „Ha a jogot hatalomként definiáljuk, az már lényegileg nem is norma akkor”, írja az ifjú Schmitt ennek kapcsán.<sup>26</sup> A hatalom ugyanis ténykérdés – annak kérdése, hogy ki van azon politikai, gazdasági és egyéb lehetőségek, eszközök birtokában, amelyek lehetővé teszik valamely akarat megvalósítását. A pozitívizmus voltaképp az egyik ilyen eszköznek véli a jogszabályt, amelynek ennek megfelelően oka (forrása) a hatalom, célja pedig eme hatalom biztosítása. Igen ám, de a hatalom, ugyanúgy, mint az akarat *Sein*-jelenség. Azaz amennyiben a pozitívizmus voltaképpen az állam parancsához, a jogalkotó akaratához – annak (nem lévén más mércéje) tényszerűségéhez – kapcsolja, köti a jogszabályt – amely viszont, mint tudjuk, normakijelentés, tehát *Sollen*-tétel –, akkor valójában éppen Kelsen – és nem az általa evvel egyébként gyakorta megvádolt természetjog – esik a naturalista hiba „bűnébe”. A naturalista hiba, mint tudjuk, akkor valósul meg, ha egy *Sein*ből (hatalom, akarat, tények stb.) egy *Sollenre* (jogszabály) következtetnek. Persze Kelsen – éppen azért, hogy elkerülje ennek el- s beismerését – bevezeti a látszólag

<sup>25</sup> Kelsen 1979, 206.

<sup>26</sup> Schmitt 2004, 28.

szintén *Sollen*-szférában hagyott hipotetikus alapnorma fikcióját. Kelsen tehát – tagadva bármiféle *überrechtlich* létező (érvényes) norma vagy a szabályozandó anyagban immanensen jelenlévő normatív rendszerszerűség létét – az alapnorma – módszertanilag amúgy érthető és szükséges fikciójával – kívánja a jogrendszer érvényességét „rövidre zárni” – de valójában a jog kicsúszik a *Sein* szférába mint akarat. A politikai akarat ugyanis ugyanúgy *Sein*-jelenség, mint a végrehajtás mozzanata.

2. *A jog normatív idea.* A jog oka, forrása nem lehet a ténylegesség, az állam vagy bármilyen más politikai entitás akarata: „Ha a jog a tényekből levezethető, nincs jog” – írja Schmitt, rámutatva a jog normatív zártságára.<sup>27</sup> A pozitivisták azt szokták állítani, hogy a természetjogászok a tények világából (természet) akarnának normákat kisajtolni – azaz két létszféra között ugrálnának. Fentebb azonban éppen azt bizonyítottam, hogy a „naturalista hiba” – a tényből az értékre való következtetés – nem a természetjogé – amely eleve érték, és éppen ezért nem hagyja önnön érvényét (értékét) a tények esetlegességétől, önkényétől befolyásolni –, hanem ama pozitivizmusé, amely a jogot a hatalomból eredezteti. A korai Schmitt – amint a természetjog is – a jog normativitását nem a hatalom erejéből – azaz valami faktualitásból – magyarázza, hanem eszmeként, értéként fogja fel, így a jog normativitása nem relatív, nem egy tételező tényhatalom, tényhelyzet függvénye, hanem abszolút módon kötelez mindenkit, mindenhol s mindenkor. Schmitt a hatalomelmélet kritikájában egy nagyon szigorú *idealista normativizmust* dolgoz ki, ami szerint „a jog egy absztrakt gondolat, amely tényekből nem levezethető, és amely tényekre nem hat ki”.<sup>28</sup> A jognak ugyanis nem az akarat az oka, és nem az akarás a feladata: a jog feladata, hogy eszme legyen – normatív eszme, amit bár megvalósítani lehetünk kötelesek, de amely eszme nem azért normatív, mert megvalósíttatik vagy sem, hanem mert egy eleve *in se* érvényes normatartalom. „A cél azonban nem alkot jogot, mert a jog öncél” – írja a fiatal Schmitt naplójában a jogról gondolkodva.<sup>29</sup>

3. *Az állam feladata ennek megfelelően a jogeszmé megvalósítása.* A jog önnön érvényesülése nélkül is érvényes. A jog *érvényes*. Nem azért – ahogy Kelsen magyarázza a normák érvényességét –, mert tételezték volna, nem is azért, mert hatékony lenne, hanem egyszerűen *önmaga jogán (per se)*. Természetesen bármely evilági *Sein*-tett csak akkor legitim, ha eme eleve normatív jogeszmének megfelelően jár el. Tehát a jogeszmé létének (érvényességének)

<sup>27</sup> Schmitt 2004, 36.

<sup>28</sup> Schmitt 2004, 42.

<sup>29</sup> Schmitt 2005, 65.



eszerint nem lenne feltétele az állam általi érvényesítése – miközben az állam létének alapja a jogszerűsége. Az állam államiséga egy tőle független autoritás (jog) *derivátuma*<sup>30</sup> – az állam tehát tényleg *vagy legitim* (és akkor jogszerű), *vagy nem állam*, hanem kiterjedt rablóbanda, esetleg más egyéb szervezett összeverődöttség. Az állam faktuális ténye azáltal nyer jelentőséget – értéket –, hogy a jogot valósítja meg: „Nem a jog van az államban, hanem az állam a jogban”.<sup>31</sup> Ennél a schmitti mondatnál világosabban nem is lehetne megfogalmazni egy nem-etatista természetjogot. Az állam feladata tehát, hogy a normatív eszmének akaratot kölcsönözzön: a normatív eszme az állam akarata nélkül is persze érvényes – nem az teszi érvényessé tehát a jogot, hogy az állam tételezi –, de az állam biztosítja számára, hogy megvalósuljon. A jognak azonban nem fogalmi eleme – *Sollen* lévén – a megvalósulás: a jog akkor is érvényes, ha senki sem érvényesíti, s akkor is érvényes, ha valamilyen hatalom vele ellentétes tartalmat érvényesítene. A jog érvényessége eszerint semmiféle tényhelyezettől nem függ, így sem a kényszer, sem az akarat, sem a megvalósulás nem lenne fogalmi eleme a jognak. A korai Schmittnél az állam hatalma nem *in se* áll fenn: az állam érvényes hatalmának oka nem hatalmának ténylegességében rejlene, hanem abban, hogy az érvényes jogot valósítja meg.<sup>32</sup>

4. E korai schmitti koncepció annyiban azonban mindenképp közjogi – tehát hierarchiát feltételező –, hogy az egyént voltaképp – amint ki is mondja – a jog konstrukciójának tartja: azaz – ahogy az az emberi jogok Giorgio Agamben biopolitikai ihletettségű kritikájában is (minden bizonnyal nem éppen konzervatív éllel) megfogalmazódik<sup>33</sup> – *az egyén jogai az állam konstrukciói*. Az állam jelöli ki a juttatott jogok és kötelezettségek révén az egyén helyét a közösségen belül: „Az objektíve érvényes normát teljesíteni, az egyén szempontjából nem jelent mást, mint saját szubjektív, empirikus valóságát megtagadni.”<sup>34</sup> Ha ugyanis a jogeszme a regulatív erő, akkor államnak és egyénnek fel kell adniuk faktuális / biológiai esetlegességeiket ahhoz, hogy a jogeszme meghatározta érvényes, immanens létrend részesévé váljanak.

---

<sup>30</sup> Schmitt 2004, 50.

<sup>31</sup> Schmitt 2004, 52.

<sup>32</sup> Schmitt 2004, 71.

<sup>33</sup> Vö. Agamben 2002, 127-139. et passim.

<sup>34</sup> Schmitt 2004, 89.

### I. 3. A természet mint norma

Szükségesnek látszik ehelyütt – még egyszer hangsúlyozva a természetjog normatív és a pozitivizmus szinkretista jellegét – bemutatni a pozitivizmus és a természetjog eltérő természetkoncepcióját.<sup>35</sup> Kelsen szerint a természet „[a] tudomány szemszögéből [...] nem más, mint az okozatiság törvénye által egymáshoz kapcsolt tények halmaza”.<sup>36</sup> Ennek megfelelően a természet a fizikai, biológiai, kémiai tények világa lenne – megismerése tehát ezen tudományok módszereivel, leírása pedig ezen tudományok törvényeivel lenne megvalósítható. A természettudományok törvényei azonban egészen más szerkezetűek, mint a jogi szabályok, mert nem azt írják elő, aminek lennie kell, hanem azt, ami – a megismerés után megállapíthatóan – *van*. A Kelsen által értelmezett természeti törvények eleve olyan folyamatokat, tényeket írnak le, amelyek leírásuk nélkül is fennállnának, bekövetkeznének. Nem azért esik le az alma a fáról, mert Newton kimondta volna ennek törvényét; Newton pusztán felismert valamit, ami egyébként a mi tudásunk és akaratunk nélkül (sőt: esetlegesen ellenkező akaratunk vagy tudásunk ellenére is) megtörténik.

Kelsen szerint a természetjog a fizikális világ törvénye. Eszerint az lenne a természetjog, hogy például az elejtett üveggolyó lefele zuhan és nem felfele. Mivel ez mindig így fog történni – és ha egyszer mégsem így történne, az sem a mi akaratunk miatt lesz –, felesleges lenne normatív egy ilyen szabályt előírni. Mi haszna volna egy olyan jogszabálynak, amely azt mondaná ki, hogy minden elejtett testnek a föld felé *kell* esnie? Kelsen szerint a természetjog a fizikális törvényszerűségekhez hasonlóan társadalmi, humán törvényeket is a természetbe projektálna – majd azt ekként természetesnek véelve, immár jogi törvényként fogalmazná meg. Kelsen szerint azonban 1. ha a természetjog felismerései valóban természetesek (tehát, hogy például az öngyilkosság természetellenes tett), akkor felesleges előírni, mert eleve érvényesülni fognak, 2. ha viszont nem természetes oly módon, ahogy a fizikai törvények, akkor viszont egy *Sollen*-kijelentést *Sein*-kijelentésként tüntet fel, majd onnan visszaforrásztatja *Sollen*-kijelentéssé. Az első esetben gyakorlatilag, a második esetben pedig tudományosan lenne hibás a természetjog állítása.

Kelsen azonban olyat feltételez a természetjogról, amit az egyébként magáról sohasem állított. Nem a természetjog értelmezi fizikai tárgyszerűségében a természetet, hanem a természetjog kritikusai tesznek így.

<sup>35</sup> Erről részletesebben ld. Frivaldszky 2005, 15-27.

<sup>36</sup> Kelsen 2003, 352.

A hagyományos természetjogi koncepciók elfogadottságának lehanyaglásával – ahogy Ernst-Wolfgang Böckenförde írja –

„a természetet radikálisan eltárgyasították, és immáron csak a dolgok külsődleges megjelenését jelentette. [...] A természet telos és értelem nélkül maradt. [...] [A]z ekképpen [ergo pusztán fizikailag] felfogott lét [*Sein*] semmiképpen sem tette már lehetővé, hogy benne holmi jót fedezhessünk fel, vagy megalapozásképpen belőle egy *Sollent* levezessünk”.<sup>37</sup>

A természetjog tehát nem állította, hogy 1. az általa felismerni vélt immanens normák fizikai törvényszerűségek lennének (és a család szabályszerűsége ekként a földre hulló almához lenne hasonlatos), ill. 2. a természetjog azt sem állította, hogy az általa felismert immanens normatartalmak *Sein*-kijelentések volnának. A természetjog a *Sollen*-jét nem a *Sein*-ből – az emberi akaratból, amint Kelsen még a természetjog ellen írt rövidke cikkében is teszi – vezeti le, hanem azt, ami *helyes*, akár eme *Sein*-mal, tehát az emberi akaratok tényszerűségével is szembehelyezi.

A természetjog normái nem fizikai értelemben, hanem a *helyesség* értelmében természetesek. Ha valaki megkérdez engem, hogy „kérek-e kávé”, s én azt felelem erre, hogy „igen, természetesen”, azzal nem azt akarom kifejezni, hogy a kérdező fizikai törvényszerűséggel adja nekem a kávé – hanem azt, hogy helyes a gondolata, valóban arra van szükségem, valóban a kávé elfogyasztása felel meg az éppen ottani és akkori immanens létállapotomnak. Normatív, értékelő és nem leíró módon jelentem tehát ki, hogy „természetesen kérek kávé”, normatív értem, hogy „barátom természetesen kávéval kínált”. A természetjog azt vallja, hogy minden dolognak, minden élethelyzetnek megvan a maga helyessége. E helyesség normatív fogalom, tehát nem kötelez fizikai törvényszerűséggel. A természetjog természetfogalma éppen nem tény-, hanem mérce- (ekképpen normatív) fogalom. Hannah Arendt írta egy helyütt példaként a tényszerű természetesség és a normatív (helyes) természetesség különbségére a magas sarkú cipő példáját. Arendtnek volt egy magas sarkú cipője: legtöbbször lábbeliként hordta – mert az volt az immanens rendeltetése, tehát a helyes használata, ekként a természetessége eme cipőnek –, de néha – kihasználva a magas sarok előnyét – akár szöveget is be tudott (volna) verni vele. A magas sarkú cipővel történő szögbeverés azonban nem természetes. Pedig ha lehet – márpedig lehet –, akkor természetes. A pozitivizmus tehát nem tudná megmondani, hogy mire is való (mire teremtett) a magassarkú cipő, mely használat (a lábbeliként vagy a kalapácsként való) felel-e meg a rendeltetésének. Ez alapján tehát ugyanolyan természetes lehetne a magassarkút cipőként

<sup>37</sup> Böckenförde 2006, 69.

hordani, mint szög beverésére használni. *Anything goes*. Ez már a posztmodernitás paradigmája. Hogy mindent, ami megtehető, azonos értékkel megtehetőnek ítélünk.

E koncepciót ha a jogra vetítjük, valóban oda jutunk, hogy minden életforma egyforma – korlát legfeljebb a fizikai világ lehet. A modernitás korában *emancipációnak* nevezett folyamat – annak túlpörgött szakasza – voltaképp nem szól másról, mint a meglévő – a hagyomány természetességére támaszkodó – „empirikus adottságok” lerombolásáról, azért, hogy végül *mindaz, ami lehetséges, egyben szabad is lehessen*.<sup>38</sup> A természetjog a természet emlegetése esetén nem a lehetőségekről, hanem a mércéről, a helyesről, a jóról szól. Valóban: maga a természet is képes megannyi elfajzást, zsákutcát, betegséget előállítani. A betegség jelensége is természetes.

Ám a természetjog arról szól, hogy különbség van betegség és egészség között, így a jog feladata az egészség támogatása és a betegség gyógyítása, kirekesztése, büntetése. A delegitimáció, dekonstrukció révén nincs fogalmunk azonban immáron a helyességről, így a jogokat tetszőlegesen szűkíthetjük (modernkori totalitárius diktatúrák) vagy bővíthetjük (emberi jogi túlhajtások). Ha nem tudjuk, mi az ember, mi a természet, mi az élet értelme és célja – azaz, ha úgy állunk neki közösségi ténykedésünknek, hogy semmiféle normatív mércével nem rendelkezünk –, akkor az ember valóban bármi és semmi lehet, és ennek megfelelően a szabadság kiterjesztésének – és az evvel nyert új lehetőségek emberi jogiasításának – tényleg csak a fizikai törvények szabhatnak határt. A jog immár nem arra való, hogy általa az ember kiteljesítse önmagát. Mivel nincs normatív fogalmunk önmagunkról, csak pillanatnyi tényhelyezeteinket – így vágyainkat, ösztöneinket – ismerhetjük, és a jog forrásává – feltéve, hogy csoport- vagy egyéni érdekünk mögé megfelelő lobbitevékenység társul – pusztán ezt tesszük. A jog így lesz az emberi akarat alkotása. Tartalma ennek megfelelően az emberi vágyak folyamatosan szélesíthető pannója, ahogy Milan Kundera írja:

„Az ember jogkörébe vonta a világot, és mindenből jogot csinált: a szerelmi vágyból jogot a szerelemre, a pihenést követelő vágyból jogot a pihenésre, a barátságot szorgalmazó vágyból jogot a barátságra, a tiltott sebességgel száguldás vágyából jogot a tiltott sebességgel való száguldáshoz, a boldogság vágyából jogot a boldogsághoz, a könyvkiadás vágyából jogot a könyvkiadáshoz, a vágyból, hogy valaki éjjel a téren üvöltözzön, jogot a téren való üvöltözéshez.”<sup>39</sup>

<sup>38</sup> Depenheuer 2009, 87.

<sup>39</sup> Kundera 2007, 189.

Míg nem tudjuk megmondani – normatíve –, hogy *mi* az ember, a jogok katalógusa tetszőlegesen bővíthet<sup>40</sup> – vagy akár szűkülhet. A posztmodern nem csak a totális szabadság, de a teljes jogfosztottság lehetőségét is magában rejti.

Michel Foucaultnak Mark Lilla által szellemesen idézett példáját idézhetjük fel ennek kapcsán, aki az elsők között kapta el a nyolcvanas évek új betegségét, az AIDS-ként megismert vírust. Foucault AIDS-betegségében az az „érdekes”, ahogyan az akkor már San Franciscóban élő francia filozófus reagált állapotára: „*Je n'y crois pas.*” Foucault egyszerűen *tagadta* (nem hitte), hogy beteg lenne, és az új betegséget a fennálló társadalmi rend szempontjából vélte csak abnormálisnak. Megelőző könyveiben is azt igazolta, hogy az elmebetegségek sem *in se* betegségek, csak a fennálló társadalmi viszonyok elnyomó ítélkezésében számítanak annak. Úgy vélte, a haladó közvélemény feladata, hogy *emancipálja* az AIDS-betegséget is, a vele szembe állított egészség dekonstrukciójával. Mark Lilla írta ennek kapcsán:

„Ha elhisszük, hogy minden »diskurzust«, ami a betegségről szól, a társadalom erői konstruálnak, és azt is, hogy az ember esztétikailag bármilyen »ellendiskurzust« képes létrehozni, akkor könnyen meggyőzhetjük magunkat arról, hogy bizonyos értelemben legyőzhetetlenek vagyunk.”<sup>41</sup>

A vád, ami Foucault „Nem hiszek benne” felkiáltásából kicseng, nem más, mint hogy a természetjog nem a helyességet, nem az egészséget védi, hanem csak a fennálló társadalmi rendet. Ezen érv Kelsennél is megjelent, aki – ideológia-kritikájában dekonstruálva – szintén hatalomlegitimációs eszközt látott minden természetesnek, organikusnak vélt jogi-állami legitimitásban.<sup>42</sup>

Nos, összefoglalásképpen megállapíthatjuk, hogy – a közkeletű tudományos vélekedésekkel szemben – 1. Kelsen pozitivizmusa követi el a naturalista hibát, és 2. a természetjog természetfogalma normatív, és a nem fizikai értelemben vett igazságot, helyességet jelent. A jogkritikai mozgalom állításai – hogy a jog a fennálló osztály vagy hatalom pusztá erőszakeszköze lenne – éppen ezért csak a pozitivizmus teremtette jogi környezetre illhetnek, mert 1. ebben a jog valóban pusztán emberi akarat (ergo erőszak), 2. és mivel a jog forrása a hatalom, így a jog tényleg nem más, mint a hatalommal bíró embercsoport „törvényre emelt akarata”, következésképpen 3. éppen ezért lesz és lehet az uralkodó osztály szempontjából

<sup>40</sup> Dijon 2009, 16.

<sup>41</sup> Lilla 2005, 211.

<sup>42</sup> Kelsen 2003, 356.

osztályuralmi, az elnyomottak szempontjából osztályelnyomó eszköz. A pozitivizmus teremtette meg azon feltételeket – az államiság esetén az előzetes közösségi kötelekek tagadásával, a jog vonatkozásában pedig a legitimitás felszámolásával (a helyesség megkérdőjelezése révén) –, amelyekre vonatkozhatnak a posztmodern jogkritikai megállapítások.

## **II. A pozitivista joglogika hiányosságai**

A tételezett jogot és annak rendszerezett tudományát, a jogpozitivizmust áthatja a logikai következetesség igénye: a jogszabályok egymáshoz való viszonya és azok értelmezése logikailag meghatározott eszerint. Mindazonáltal a jogszabályok – és különösképpen értelmezésük – értelme a társadalmi valóságra, a társadalmi változásokra való reagálás. Mivel a társadalom – ellentétben a tételezett jogrendszerrel és az érvelés- és értelemzéstan zárt szabályaival – nem logikai rendszer, nem logikusan adódnak a kihívások, így a válaszok is a logikai értelmén túl beleérzést és egyéb megértési módszereket is igényelnek. Miközben vitathatlan, hogy a jogbiztonság igénye egy zárt értelmezési keretben biztosíthatóbb – ám a társadalmi valóság érzékelése ennél összetettebb, nyíltabb, akár rendszertelenebb megértési módokat (mint a jogra specifikus logikát) tesz szükségessé.

## II. 1. A jogi axiomatizmus zártsága

A logika a maga egyértelműségében mindenkor mércéül és eszközül szolgált a különböző tudományok számára. Nem csak a matematika világában, de a reáltudományokon kívül is cél lett az adott tudomány tárgyának logikai rendszerezése. Ezt nevezhetjük *axiomatizálásának*. A cél egy olyan logikailag zárt jogi gondolkodás, rendszer megalkotása, ahol szükségszerű következtetések láncolata eredményezné az eredményt. Az ember szerepe pedig pusztán a felismerésre, s nem a teremtésre szorítkoznék.<sup>43</sup> Mit is jelent ez? Az axiomatikus rendszerben axiómák és teoreémák vannak. Az axiómák „definíátlan definíciók”, amelyek az egész rendszer hallgatólagos jelentését adják. Ezen axiómákból teoreémákat vezetünk le: az adott szükségszerűségek felismerésével, a teoreémák nem rendelkeznek önálló létokkal, létük az axióma(k)ból nyert. Ezt a kibontási folyamatot nevezi a jog területén Ulrich Klug „láncbizonyításnak”, amelyben a rendszer fogalmainak meghatározása a „definíátlan definíciók” révén történik („láncdefiníálás”).<sup>44</sup> Ez egy körkörös bizonyítást eredményez, ahol voltaképp semmi sem igaz vagy hamis, mert nem a valóságnak, hanem az emberi fantáziának, a fogalmi rendszert teremtő intellektusnak a teremtményei. Például a jogállamiság kifejezését olyan fogalmakkal szoktuk definiálni, amely kifejezések logikailag voltaképp a jogállamiság axiómájának teoreémái. Felállítunk axiómákat, levezetünk belőlük teoreémákat, s aztán ezen teoreémák segítségével definiálni véljük axiómáinkat is. A vaihingeri *Ideenverschiebung*<sup>45</sup> logikai leírása mindez. Mondhatom tehát, hogy az én rendszeremben a jogállamiság „szükségszerű következménye”, hogy minden körte alma, s utána kijelenthetem, hogy ahol nem minden körte alma, az nem is jogállam. A logika mindezt önmagában hordozza, hiszen – amint Carl Gustav Jung írja – „[a] logikának sehol sem kell elhajlania, minthogy az egyoldalúság már a premisszában benne van”.<sup>46</sup> Azonban tán a túlzó példa is rámutat arra, hogy a *logizálás* nem a jogban, nem a társadalomtudományokban, hanem a matematikában lehet csak követendő példa.<sup>47</sup> A természet szükségszerű adottságait a természettudományok tárják fel. Okokat és okozatokat keresnek. A jog világában viszont nincs semmi olyan, amiből bármi is szükségszerűen (kauzálisan) következne. A jogban célok és eszközök vannak; a célok az emberi tudat s akarat jelenségei, az eszközök pedig az ezekhez kapcsolódó aktív

<sup>43</sup> A jogtudomány logikai felfogásáról ld. Varga 2004, 348ff.

<sup>44</sup> Klug 1982, 15-16.

<sup>45</sup> Vaihinger 1920, 220. et passim

<sup>46</sup> Jung 2006, 120.

<sup>47</sup> A két „világkép” eltérőségéről ld. Szabó 2001, 17-18.



akarat. A jog tehát nem természettudomány, hanem – Rudolf Stammler kifejezésével élve – céltudomány.<sup>48</sup>

Nos, a valóságot vagy megfigyeljük, vagy akarjuk. A megfigyelő tudományok szükségszerűségekkel foglalkoznak, olyanokkal, amelyek a jogban nincsenek. Nem állíthatom azt, hogy egy törvény és annak (állítólagos) alkotmányossága / alkotmányellenessége úgy viszonyulna egymáshoz, mint a felforralt víz és a gőz.

Ha kilépünk az I. fejezetben ábrázolt korai schmitti elméletekből, és a jogot a pozitív jogként értjük, akkor ott tényleg az akarat játssza a főszerepet.<sup>49</sup> A pozitív jogban nincsenek belső törvényszerűségek; a jogban vélemények vannak, érvek s ellenérvek.<sup>50</sup> Nemcsak a jog érvényre juttatásakor, de születésekor is az akarat játssza a főszerepet. Míg a természettudományok következményei (felforralt víz) szükségszerűek, tőlünk függetlenek, addig a jog *Sollen* világában a következmények akartak. Carl August Emge is rámutat a természet- és humántudományok közötti különbségre.<sup>51</sup> A matematikában alapfogalmak és alapdefiníciók igazként elfogadása által egy saját rendszert teremthetünk, amelyet a teremtet rendszer belső logikájával kibontunk és magyarázunk. Ezen módszer deduktív, absztrakt, nincs közvetlen referenciája a valóságban. A történelem (Emge a történelmet tekinti a humántudományok ideáltípusának) a meghatározandóból indul ki, hogy annak révén próbáljon fogalmakat meghatározni, s azokat a meghatározandóra visszavetíteni. Itt a kiindulási pont tehát nem adottként elfogadott, hanem kérdéses és így meghatározandó. Ezen módszer induktív, konkrét és referál a környezetére.

Leegyszerűsítő lenne persze, ha azt állítanánk, hogy a reáltudományok a szükségszerűségek világával, míg a humántudományok a szabadságával foglalkoznak, hiszen a matematikai axiómák felállítása „teljesen” önkényesen, szabadon történhet, s így szabadon teremthetünk magunknak egy rendszert, ami aztán a belső törvények okán „szükségszerűen” működik. Ezzel szemben a humántudományok szükségszerűségeket (egy konkrét történelmi esemény okát, indítékát stb.) keresik, de a fogalmi világuk nem belső szükségszerűségek, hanem a szabad fantázia „eredményei”. A matematika a maga (belülről) biztos rendszerével biztos tudást ígér – ez az, amit a szellemtudományok művelői elirigyelnének tőle. A történelemnél ezzel szemben „[a] nyerhető összefüggések *rejtélyek összefüggései*. Csak az »elképzelés« ismeri ki magát”.<sup>52</sup> Egy történész elvileg feltételezheti, hogy egy csata szükségszerű (mert

<sup>48</sup> Vö. Stammler 1911, 55-58.

<sup>49</sup> A jog és az akarat (erő) kapcsolatáról és annak kritikájáról ld. a harmadik fejezetet.

<sup>50</sup> Stammler 1911, 69.

<sup>51</sup> Emge 1967, 2-3.

<sup>52</sup> Emge 1967, 2. (kiemelés tőlem)

faktuális) tényéből a fantázia, a szabad szellem révén megtalálhatja mondjuk e csata valós okát, mely ok már ismét szükségszerű lesz. A történész anyaga tehát a *Sein* világából származik, a jogászé viszont a *Sollenéből* (noha – amint látni fogjuk – a jogi *Sollen* nem választható el a *Seintől*). Ennyiben még lehetne is a matematikai logika a jog eszköze – csak hogy a matematika nem lép ki saját fiktív világából, a jog viszont (hatását és céljait tekintve) igen, ezért nem egy steril, hanem reflektív eszközt kell magának találnia.

## II. 2. A jog saját logikája

Ulrich Klug szerint csak akkor beszélhetünk jogtudományról, ha van a joghoz egy logikailag strukturált szimbolikus narrációnk. Ennek megfelelően például a „jogállam” fogalma ugyan egy szimbolikus narráció (hiszen nem valóság), de egy *rendszer-narratíva* részeként logikailag már valóságos jelentést nyer.<sup>53</sup> Ezt a rendszer-narratívát a logisták a jog *mint olyan* logikai leírásának tartanák. (Azaz a „jogállam” szimbolikus, tömörített kifejezéséből valóban „szükségszerűen” származhatnak következmények.) A jogi realisták számára e szimbólumvilág viszont fikciók és mítoszok „racionalizálási kísérletének” tűnik.

Klug szerint minden tudománynak saját szaklogikával kell bírnia, amelyben a formállogika adja a logikai rendszerezést, és a tudományspecifikus (tehát pl. a jognál jogias) axiómák karakterizálják a rendszert. Magyarán: jogi fogalmakkal játszunk, de a játékszabályt a logikai axiómák adják.<sup>54</sup> Az ilyen kalkulizált jogi rendszer minimálesete, ha az egész rendszer összesen egy darab nem-logikai axiómát tartalmaz premisszaként.<sup>55</sup> Klug azt állítja, hogy voltaképp a jog jelenleg is az általa leírtak alapján működik (kvázi-axiomatikus), hiszen a jogász munkája ma is következtetésekből áll, márpedig ez csak egy logikai-axiomatikus rendszerben lehet igazán tökéletes. A jelenlegi kvázi-axiomatizmust kell csak csiszolgatni, s az átlépés az axiomatizmusba már „elméletileg nem is olyan nagy”, hiszen a jog ideája és gyakorlata már ma is errefelé tendál.<sup>56</sup>

Nos, éppen ezt az érvet támadja meg Chaïm Perelman, amikor kimutatja, hogy 1. a jogi gondolkodás nem következtetések láncolata,<sup>57</sup> illetve hogy 2. a logika nem csak az arisztotelészi *Organon*-ban leírt analitikus módszert jelenti, hanem a dialektikus módszert is. A jog Perelman szerint – s eddig a logisták is igazat adnának neki – bizonyításokból áll. Állítok valamit, s azt bizonyítani akarom. A bizonyítás azonban nem csak az eredménnyel és annak formalizálásával azonosítható, hanem az egész egy komplex pszichológiai, szociális és kulturális kutatás. Ezen kutatás a dialektikus bizonyítás, amely a meggyőzést, a kritikát, a reflexiót és az érvelést foglalja magában. Ez a bizonyítás (*enthymen*) Arisztotelésznél ugyanúgy logikának számított, mint az *Organon*-ban leírt analitikus módszer, ahol premisszákból jutunk szükségszerű eredményekre, s ahol e premisszák tartalma irreleváns.

<sup>53</sup> Leibniz célja a tudományosság ilyen jellegű szimbolikus nyelvezetének a megteremtése volt (*characteristica universalis*), ahol fogalmi kalkulációk révén gondolkodnánk (*ars combinatoria*).

<sup>54</sup> Vö. Klug 1982, 16.

<sup>55</sup> Klug 1982, 195.

<sup>56</sup> Klug 1982, 196.

<sup>57</sup> Vö. Perelman 1979, 13.

Ezen tartalmi irrelevancia miatt lenne alkalmatlan az analitikus módszer a jog saját belső működtetésére – hiszen a jogban a *cél*, amit el kívánunk érni, igencsak fontos, s nem csak az elérés technicizálása. Ahogy Perelman írja:

„A szillogizmusban a premisszáktól a következtetésbe való átmenet szükségszerű. Az érvek átmenete egy döntésbe már egyáltalán nem ilyen szükségszerű: ha ez lenne a helyzet, az ember nem egy valódi döntés előtt állna.”<sup>58</sup>

A jogban pedig – amint azt Carl Schmitt-től is tudhatjuk – dönteni kell, s ezen döntéseknél nem bújhatunk „szükségszerű fogalmak mögé”, mert – amint Varga Csaba helyesen megállapítja – „a jognak (...) nincsen semmi egyebe: nincsen hát semmiféle mechanicitással vagy önmagából adódó alternatívátlansággal érvényesülő kényszerítő ereje sem.”<sup>59</sup>

Azaz a dialektikus módszer adja meg az embernek a szabadságot, de egyben a felelősséget is. A jog azonban nem önműködő eszköz, hanem hosszadalmas és fáradságos gondolkodás eredménye. Ezt az utat egyetlen kultúra sem spórolhatja meg magának, átvéve más kultúrák „kiizzadt” válaszait: az importált válaszok ui. egészen más jelentéssel, értelemmel bírhatnak, mint megszületésük eredeti környezetében. A jog mindenkor egy konkrét problémára reflektált, s arra kívánt megoldást találni. Mivel koronként és helyenként a problémák is eltérőek, a válaszok sem ültethetők át. A jog egy folyamatos reflexió. Nem formállogikai rendszer, hanem válasz, érv, meggyőzés. Ezen dialektikus módszer – amely azonban szintén logikai módszernek tekinthető<sup>60</sup> – lehet a jogi gondolkodás sajátja. Mert az argumentáció a joglogika sajátossága, s nem a mechanikus következtetések láncolata.<sup>61</sup>

Mégis igen elterjedt az a vélemény, hogy a logikát csak a formállogikával azonosítsuk, s így a joglogikát a formállogika alapján, annak egyik „alfajaként” építsük fel. Azonban a matematika és a formállogika semlegessége nem illik a jog funkciójához. Végére is a joggal nem egy logikai világot kell működtetnünk, hogy aztán ott játszadózassunk fogalmainkkal, hanem a társadalmi valóságot akarjuk valamiféle „jó” irányába szervezni. A jog tehát gyakorlati tudomány. Így az, ami a matematikai-formállogikai módszer előnye (lenne), azaz hogy tárgyát mindenféle azonosulás, értékelköteleződés nélkül tudja szervezni (hiszen a matematikai világképben egy érv releváns vagy irreleváns lehet ugyan, de nem helyes vagy helytelen<sup>62</sup>), a jogban haszontalan, sőt káros. Ilyen értéksemlegesség a jogban nem előnyként, hanem vakságként jelentkezik. Ugyanis a jog egy társadalmi jelenség – a 17./18. századi

<sup>58</sup> Perelman 1979, 11.

<sup>59</sup> Varga 2006, 24.

<sup>60</sup> Perelman 1962, 221.

<sup>61</sup> Perelman 1962, 222.

<sup>62</sup> Perelman 1962, 220.

logizálási kísérletek után, ennek belátását nevezhetjük a jogtörténetben *funkcionális fordulat*nak. Ezen fordulat Savigny és Jhering nevéhez köthető.<sup>63</sup> Ők a jogban nem logikai rendszert, hanem a kultúra által meghatározott, a mindenkori érdekeinket és értékeinket kifejezni tudó történelmi produktumot láttak.

A joglogika ennek megfelelően nem az analitikus módszer jogra történő alkalmazása, hanem egy olyan metódus, amely nem csak anyagát, de hivatását, célra rendeltetését, funkcionalitását is a jog sajátosságából nyeri. Rendezhetjük a jogot sokféleképpen, akár a formállogika alapján is (de akár a törvénykönyvek színe alapján is), ám ettől még módszerünk egyáltalán nem lesz jogi – pusztán *jogra vonatkoztatott*. Ergo a jog saját logikáját nem egy külső módszerben kell megtalálni. De hát akkor honnan? Nézzük, hogy mit tudunk! Tudjuk, hogy a jogban döntést kell hozni. Hogy ezt a döntést igazolni, alátámasztani kell. És hogy ez az igazolás az érvelésben történik. Ez az érvelés (argumentáció) a jog önlogikája. Giovanni Tarello egyik cikke nyomán 13 érvelési típust különböztethetünk meg a jogászai gondolkodásban<sup>64</sup> – úgy mint: 1. *argumentatio a contrario*; 2. *argumentatio a simili* (vagy analógia); 3. *argumentatio a fortiori* (*a minori ad maius*, ill. *a maiori ad minus*); 4. *argumentatio a complitudine*; 5. *argumentatio a coherentia* (nem logikai, hanem ideológiai érv, hiszen azon a jogi önideológián nyugszik, hogy a jog egy koherens rendszer); 6. pszichológiai érvelés (a konkrét törvényhozó akaratára irányul); 7. történeti érvelés; 8. apagógiai érvelés (vagy *reductio ad absurdum*); 9. teleológiai érvelés (a törvényhozó feltételezett céljára utal); 10. gazdasági érvelés; 11. *argumentatio ab exemplo* (vagy autoritativ érv, ugyanis egy tekintéllyel bíró példából indul ki); 12. szisztematikus érvelés; 13. naturalista érvelés (azaz a „dolog természetére” hivatkozik). Tarello szerint „ezen érvek közül semelyik sem logikai”<sup>65</sup> – legalábbis a formállogika értelmében véve.<sup>66</sup>

Ezen érvelések mögött mindig értékítéletek vannak. Nem az értékítéletek változatossága a lényeg, hanem az, hogy ezek választásában – márpedig bármely választás egy másiknak az ellentéte – már semmiféle immanens logika nem játszik szerepet.<sup>67</sup> Hiszen a szillogizmus tartalmi irrelevanciája helyett a jogi argumentáció lényege nem az a végső pont, ahol – ha tetszik – a szillogizmus segítségével megkapjuk az eredményt, hanem a fő- és altétel igazolása, tartalmának megállapítása. A jogi döntés szillogizmusa csak az utolsó állomása a döntési folyamatnak, és éppen a legkevésbé lényegibb: a jogi döntés ugyanis nem ide, hanem

<sup>63</sup> Perelman 1979, 75-76.

<sup>64</sup> Tarello 1972, 104-108.

<sup>65</sup> Tarello 1972, 108.

<sup>66</sup> A jogi értelmezés elemzéséről ld. többek között: Pokol 2001, 232-258.

<sup>67</sup> Varga 2004, 467ff.

éppen a felső és az alsó tételek megállapítására koncentrál, s e feladat nem logikai, hanem empátikus és retorikai készségeket igényel.<sup>68</sup> Erre pedig alkalmatlan a tiszta logika. Ide ugyanis olyan módszer kell, amely érezni és akarni tud, s nem csak következtetni. A német jogi terminológia „*Rechtsgefühl*”-nek nevezi ezt a beleérzési képességet – azaz „annak a művészetét, hogy helyes előismereteink legyenek”.<sup>69</sup>

Kétféle tudomány van: gyakorlati (*phronesis, prudentia*) és elméleti (*episteme, scientia*). Az újkorban azonban csak a *scientia* lett a tudományosság szinonimája, és így a *prudentia* eltudományosítása, „*scientianak* való alávetése” lett a cél.<sup>70</sup> És ennek megfelelően a jurisprudentia is (amely nem *jurisscientia*) – amint Kriele írja – „olyan elvárásoknak vetette alá magát, amelyeknek a dolog természeténél fogva nem tudhatott megfelelni”.<sup>71</sup> A jurisprudencia sem mellőzheti persze a tudományosságot, de ahelyett, hogy absztrakt tételek logikai játékvá válna, inkább arra a gyakorlati kérdésre kell gyakorlati választ adnia, hogy „mit *ajánlatos* tenni?”. A jog feladata, hogy a konkrét esetben kell alkalmazhatónak, mégpedig célravezetően alkalmazhatónak lennie. A célok pedig esetről-esetre változnak. Mert nincs olyan objektív valóság, amelyet jogként azonosíthatnánk, amelyből valamilyen fejlett módszer birtokában lefejtethjük a jog mint olyan ún. válaszát. Morvai Krisztina egy korai cikkében, jogtudóstól szokatlan őszinteséggel ismeri el, hogy

„gyermeki rácsodálkozással szembesülök azzal, ami már eddig is »egy kicsit gyanús« volt: elképzelhető, hogy »A JOG«, mint olyan, mint objektív, az emberi gondolkodásmódtól, szubjektív értékrendtől független, megtanulható, elsajátítható, és a (jogi) felelősség kérdéseire öntörvényűen, egyetlen »jó« módon válaszolni képes zárt szabályrendszer talán nem is létezik. Érvek és ellenérvek léteznek, egy-egy lehetséges védhető álláspont, amelyet képviselője azzal kísérel meg elfogadtatni, hogy »ez A JOG«”.<sup>72</sup>

Az érvelés során nem biztos tudásra jutunk, hanem konszenzusra. Ahogy Kaufmann írja: „[A] jog (...) nem szubsztancia, hanem reláció; az emberek egymás közötti és a dolgokhoz való kapcsolatait azok, amelyek a jog tárgyát meghatározzák.”<sup>73</sup> És ezért segítheti elő az argumentációt a valódi jurisprudencia feléledését. A posztkonvencionális társadalomban azonban, ahol nincs már közös jogérzék, nem lehet a hallgatólágos konszenzusban bízni, hanem döntéseinket alá kell támasztani. A posztkonvencionális társadalomban az egyes

<sup>68</sup> Vö. Varga 2000. 37-38. et passim

<sup>69</sup> Kaufmann 1997, 64.

<sup>70</sup> Vö. Kriele 1979, 17. o.

<sup>71</sup> Kriele 1979, 18.

<sup>72</sup> Morvai 1992, 62.

<sup>73</sup> Kaufmann 1997, 66.

jogképek szubjektívek, mégis meg kell találni azt a közös nevezőt, amely révén egy döntés „objektíve” elfogadhatóvá válik. Racionális igazolásra van szükség, s a pusztá érzés ehhez nem elég.<sup>74</sup> Azonban a modern államban egy *legitimációs paradoxon* alakul ki: ugyanis a közösen vallott értékek hiányában egyre inkább szükséges a döntések racionális igazolása, de mivel hiányzik a közös nevező, ez a legitimáció a legitimációs szükséglet növekedésével egyre nehezebb. Egy toleráns és multikonvencionális államban megszülető döntéseket – a legitimációs paradoxon okán – végül már csak vagy a pusztá erőszak „legitimálja”, vagy a korábbi, közösen vallott erkölcsökre valló visszautalás. Ez utóbbi esetben viszont a „toleráns állam” végső döntése ugyanúgy intoleráns és kizáró, mint a korai társadalmaké.

Az érvelés így a modern államokban egyre fontosabb szerephez jut. Hiszen az érvek voltaképp nem a döntést eredményezik a szükségszerűség erejével – amint a Klug-féle joglogikától azt várták –, hanem az ilyen s olyan okokból megszülető, ideális esetben hasznos és célravezető belső töprengésekből következhető eredmény igazolására valók.

---

<sup>74</sup> Meier 1986, 82.

### III. Jogpozitivisták alkotmány- és alkotmányozás-koncepció politikai bírálata a német decizionizmus és jogi realizmus irodalmában

Az alkotmány a jogpozitivizmus értelmében egy tételes jogi dokumentum, mégis alkotása, az alkotmányozás jelensége több pusztán kodifikációs problémánál, s a jog határvidékeire, keletkezésére, s így létének értelmére irányítja figyelmünket. Ezért van a jogelméletnek mondanivalója ezen a területen (is). Normáink által normatív keretbe foglalt társadalmiságunkban hajlamosak vagyunk elfeledni, hogy a jog egy konstruált valóság, amelynek saját, önnön fennmaradását és működését biztosító szabályai csak a belső szemlélődő számára tűnhetnek valós céloknak, ám valójában azon végső értelem eszközei csupán, amely a jog létét indokoltá teszi. Jogrendszerünk végső, a jogtudomány által még tudományosan érzékelhető forrása az alkotmány, de ennek alkotása a pozitivisták jogtudomány hagyományos fogalmaival nem leírható folyamat, s ezért – amint Louis Favoreau írja – „az »alkotmány« tanulmányozásakor [...] a jogelmélet felé kell fordulni”.<sup>75</sup> Az alkotmány kapcsán – ez lévén egy jogrendszer utolsó eleme – gondolkodhatunk magáról a jogszületésről is, amelyben – állításunk szerint – az emberi szándék, a *Seint* és a *Sollent* összekötni képes *Wollen* (akarat) meghatározó. Megnézzük e fejezetben azt is, mit mond az alkotmányszületésről a normativizmus és az idealizmus, hogy aztán a jogi dekonstrukció és a realizmus irodalma segítségével, felvázoljuk a jog születésének faktuális folyamatát. Az itt levonható következtetések viszont nem számolnak az időbeliség dialektikájával, így konzervatív irányból korrekcióra szorulnak.

A III. fejezetben azon kérdés van tehát a középpontban, miként jön létre az alkotmány – azaz a schmitti értelemben vett politikai állapot – az alkotmányjogi normákon túl és azok felett. Az elemzés alapjául a *Verfassung* (azaz egy politikai döntés) és *Verfassungsgesetz* (azaz egy jogi szabályozás) közötti, Carl Schmitt által felállított megkülönböztetés szolgál. Az alkotmányi törvényt az alkotmányról szóló politikai döntés megelőzi, ennyiben a folyamat, hogy miként jön létre az alkotmányi törvény, nem a fennálló alkotmánytörvény normáiból érthető meg. E fejezetben ennek értelmében az alkotmány (mint *Sein*) és az alkotmányi törvény (mint *Solen*) létrejövételének folyamatát a német jogtudomány decizionista elméletei alapján, különösképpen amiként ezek Carl Schmitt munkásságában megjelentek, elemzem.

---

<sup>75</sup> Favoreau et al. 2007, 51.



Először az alkotmány különböző aspektusai – azaz ami az alkotmány alatt érthető – dolgoztam ki: Egy realista alkotmányontológia csak egy egzisztenciális alkotmány-fogalom esetén lehetséges, amelynek – ellentétben az axiológiai (értékcentrikus) vagy normativista (normacentrikus) alkotmányfogalmakkal – az alkotmánynak politikai, reálisan létező állapotként való felfogása adja az alapját. Miközben az axiológiai alkotmányfogalom csak azon tartalmakat fogadja el, amelyek egy metajurisztikus Sollennek megfelelnek, a normativista alkotmányfogalom megmarad a létező jogrendszeren belül. Egy új alkotmány azonban nem holmi metajurisztikus Sollen metajurisztikus tartalma és nem is egy fennálló jogrendszer pozitív jogszabályai okán jön létre – hanem, amint egy realista ontológiában kidolgozható, politikai döntések alapján, amelyek nem Sollen-, hanem Sein-jelenségek. Ha a politikai döntés érvényre juttatja magát, létrejön az alkotmány (Verfassung), amely aztán önmagának alkotmányi törvényt (Verfassungsgesetz) ad. Az új alkotmány ekként se nem a korábbi, se nem az új alkotmányi törvény által nem meghatározott. A korábbi alkotmányi törvény elveszíti érvényességét, miközben az új alkotmányi törvény csak az új politikai állapotról szóló politikai döntés alapján igényelheti az érvényességet.

Itt tehát az emberi akaratot elemzem egy új alkotmány – annak léte és érvényessége – okaként. Egy ilyen decizionista perspektíva, amely a schmitti alkotmányelméletből kiolvasható, figyelmen kívül hagyja viszont a környezetet, mintha az új alkotmány egy „steril“, tetszőlegesen és önkényesen kitölthető „térben“ keletkezne. Egy új alkotmány azonban illeszkedik egy környezetbe, amely az alkotmány sikerét és érvényességét meghatározza: A politikai akarat se akarhat mindent. Ebben az értelemben a decizionista alkotmányontológia – amely maga is metapozitív – a szintén metapozitívista alapon érvelő konzervatív kritikával relativizálható.

### III. 1. Az alkotmány aspektusai

Ha az alkotmány fogalmát funkcionálisan nézzük, használhatjuk tértől és időtől elszakítva, hiszen minden ó- és középkori államszerű formációnál találhatunk olyan jogi-politikai instanciát, amely a mai alkotmánnyal megfeleltethető.<sup>76</sup> Mégis igaz lehet, hogy „[a] modern alkotmányjog gyökerei az észak-amerikai és a francia forradalom alkotmányterveinél vannak”.<sup>77</sup> Az alkotmányok célja innentől a hatalom funkcionális megosztása és polgárok általi kontrollja, amely így valamennyi modern alkotmány immanens lényegévé vált.<sup>78</sup>

A jogtudományi művek többsége *formális és materiális alkotmány* között tesz különbséget: míg a formális alkotmány egy meghatározott eljárási szabályok között elfogadott és alkotmányként nevesített jogszabály, addig a materiális alkotmány egy adott állam alapvető kérdéseit rendező, organikus szabályai.<sup>79</sup> Ebben a szellemben differenciál Horváth Barna is *anyagi és alaki értelemben vett alkotmány* között.<sup>80</sup> Az alkotmány ilyen jellegű megkülönböztetése azonban továbbra is normatív fogalomként kezeli az alkotmányt. Itt a „kellés” a tartalomra és a formára egyaránt vonatkozhat, ekként – ugyan mára a kettő összemosódott – az alkotmány axiológiai és normatív aspektusai ismertek; a létalkotmány ezektől eltérő jelenség, hiszen nem a mindenkori politikai egység kellő, hanem tényleges állapotát mutatja.

#### III. 1. 1. Axiológiai alkotmány-fogalom<sup>81</sup>

Akik az alkotmány axiológiai fogalmát fogadják el, implicite a jogi fogalmát is magukénak vallják – számukra az alkotmány egy speciális törvény, amely meghatározza az állami szervezetet és a polgárok helyzetét –, de modern értelemben vett alkotmányként csak azokat ismerik el, amelyek a demokratikus jogállamiság kritériumainak megfelelnek.<sup>82</sup> Az 1789-es *Déclaration* 16. cikke egyértelműen megfogalmazza, hogy „az a társadalom, amelyben a

<sup>76</sup> Noha nem szerencsés korábbi korszakokat mai fogalmakkal leírni, ezért javasolta Otto Brunner a „*quellennahe Begrifflichkeit*”-ot (mindenről lásd Willoweit 2005, 5-8.).

<sup>77</sup> Frotscher – Pieroth 2007, 5.

<sup>78</sup> Dau-Lin 1978, 43.

<sup>79</sup> Ld. többek között Jakab 2007, 120-122.

<sup>80</sup> Horváth 2004, 68.

<sup>81</sup> Az axiológiai és a normatív alkotmány-fogalom elemzése – mivel a kettő kapcsolódik egymáshoz – összecsúszik, ekként az axiológiai aspektus számos vonatkozására, így történeti okaira, elemeire, a III.1.2. pontban térünk ki.

<sup>82</sup> Hermens 1964, 165-168.

szabadság garanciája és a hatalommegosztás nincs biztosítva, nem rendelkezik alkotmánnyal”.<sup>83</sup> Josef Isensee ezt a meghatározást *polemikus-politikai alkotmányfogalom*nak tartja,<sup>84</sup> hiszen az alkotmány jelentését egy politikai elv érvényesüléséhez köti. Amennyiben az alkotmány nem leíró tényjelenség, hanem politikai filozófiák megoldásainak tárháza, úgy az egyik alkotmányideológia szükségszerűen tagadni kényszerül a másik alkotmányosságát,<sup>85</sup> s így annak kérdése, hogy *mi* az alkotmány, a politikai harcokban dől el.

### III. 1. 2. Normatív alkotmány-fogalom elemei

#### III. 1. 2. 1. A formai elkülönültség

A normatív fogalom előfeltétele, hogy az alkotmány az állami léttől *elkülönülten* jelenjék meg. Kezdetben az alkotmány egy állam állapotát, tényhelyzetét jelentette – ezt nevezi Ellen Bos „empirikus alkotmánynak”. Szerinte minőségi váltásként értékelhető az empirikus alkotmányból a „normatív alkotmányba” való átlépés, amely folyamat a 18. századtól, a polgári szabadságjogok biztosításával, az államhatalom korlátozásával, s így az alkotmánynak az államjog által szabályozott állami állapotra való szűkítésével indult meg.<sup>86</sup> A normatív alkotmány által az emberek azon vágya fejeződött ki, hogy az uralkodók uralmát immár egy *külső* minta korlátozza.<sup>87, 88</sup> Bos szerint is a normatív alkotmány elsődleges funkciója – és az empirikus alkotmánytól különböző *specifica differentia*ja – a fennálló hatalom szekuláris kontrollja.<sup>89</sup> Az empirikus alkotmány a tényleges hatalmi helyzetet írta le, a normatív alkotmány viszont reflektív alkotmány – „az értelem és az akarat alkotása”<sup>90</sup> –, ekként pedig reflektál a ténylegességre: alakítani, formálni próbálja, s ezért nem is érintkezik teljesen vele.<sup>91</sup>

<sup>83</sup> Déclaration 33.

<sup>84</sup> Isensee 1987, 638.

<sup>85</sup> Schmitt 2003, 36.

<sup>86</sup> Bos 2004, 17.

<sup>87</sup> Loewenstein 1975, 128.

<sup>88</sup> Az, hogy ez a külső minta egy alkotott jogi minta, a szekularizáció eredménye, előtte ui. a monarcha uralmának internus korlátja a *Gottesgnadentum* gondolatából fakadt; ennek tagadása után egy formális, írott, kikényszeríthető, külsődleges korlátra lett szükség. A modern írott alkotmány megjelenésének folyamata így a szekularizáció folyamatába illeszkedik. (Vö. többek között Petrétei 2008, 126.)

<sup>89</sup> Vö. Bos 2004, 18.

<sup>90</sup> Constantinesco et al. 2006, 209.

<sup>91</sup> Vö. Grimm 1991, 15.

### III. 1. 2. 2. Tartalmi normativitás

Az alkotmány normatív fogalmára nem csak az *elkülönültség*, de a *normativitás* is jellemző: míg az arisztotelészi alkotmányfogalom élő valóság volt, addig „[n]ormaként az alkotmány nem a valódi, hanem a kellő állapotát mutatja az államnak.”<sup>92</sup> A normatív alkotmányfogalommal jelenik meg a formális alkotmányfogalom, hiszen innentől kezdve „alkotmányjogilag az alkotmány egy olyan norma, amely speciális tartalma és létrejövetele révén különbözik a többi törvénytől”.<sup>93</sup>

A normativitás viszont nem csak a speciális jogszabályi minőségre, hanem a tartalomra is vonatkozik. Ernst-Wolfgang Böckenförde ennek nyomán összegyűjtötte az európai alkotmányok tartalmi elemeit. (1) Az első a *szabadság*, amely az alkotmányok célja volt már a Magna Charta óta.<sup>94</sup> (2) A második elem a *hatalom korlátozása*:<sup>95</sup> a 19. század során az alkotmányok a királyi hatalom korlátozását, – és a későbbi parlamentarizmus révén – korlátját valósították meg; a korai liberális államokban is csak erre helyeződött a hangsúly.<sup>96</sup> (3) Későbbiekben harmadik tartalmi elemként megjelenik a *népszuverenitás*,<sup>97</sup> a hatalomgyakorlás demokratikus legitimációjának kötelezettsége, noha már az 1789-es *Déclaration* 3. cikke is kijelentette, hogy „le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la Nation”.<sup>98; 99</sup> (4) És végső elemként az alkotmány *értékek chartáját* is jelenti.<sup>100</sup> Az alkotmány eme utolsó tartalmi koncepciója rejti magában az alapjogok gondolatát. E felfogás egyben totalizálja az alkotmányt: az alkotmánytörvény e gondolkodásban már nem pusztán egy bármikor megváltoztatható jogi dokumentum, hanem

<sup>92</sup> Isensee 1987, 642.

<sup>93</sup> Isensee 1987, 644.

<sup>94</sup> Böckenförde 1983, 7.

<sup>95</sup> Böckenförde 1983, 9. et passim

<sup>96</sup> A liberális állam ezért nem szükségszerűen demokratikus, hiszen nem az foglalkoztatja, hogy *kik*, hanem hogy *miként* kormányoznak. A korlátozott állam feladata negatív: a liberális szabadságjogok és a magánszféra szabadságának biztosítása. John Stuart Mill is elismeri, hogy akár egy despotizmus is csak akkor rossz, ha nem ad teret az individuumnak (így *a contrario* egy despotizmus is elfogadható lehet a liberális számára, ha a „jó diktátor” biztosítja a liberális szabadságokat); bár az is igaz, hogy az egyéniséget megsemmisítő rendszerek mindig despotikusak. (Vö. Mill 1988, 88.) Ez utóbbi felismerés okán váltak demokratákká a liberálisok.

<sup>97</sup> A népszuverenitás tana Sieyes abbéra nyúlik vissza, aki az alkotmány forrását, azaz a konstituáló hatalom (*pouvoir constituant*) birtokosát a népben látta. A mai demokratikus jogállamiság lényege is abban áll, hogy a nép az alkotmányozás alanya, miközben e nép a létrejött alkotmány keretei között maga is alávetett az alkotmánynak, s csak kivételes esetekben (népszavazás) élhet ismét közvetlen hatalmával. A nép azonban nem egy egységes, homogén közösség, amely egységesen cselekedne, s amelynek egységes akarata lenne, így – amennyiben az alkotmányozás (alkotmány-létrejövétel) reális folyamatát nézzük –, látni kell, hogy az alkotmányt nem a nép döntése hozza létre – hiszen egy konkrét döntés meghozatalára a népnél kisebb, szervezettebb, homogénebb csoportok képesek csak –, ám az új alkotmány (politikai egzisztencia) és annak normatív kerete (alkotmányi törvény) létének oka már a nép elfogadása. A nép jogforrási jellege ekként nem tevélegességében, hanem elfogadásában nyilvánul meg. Ezért állítjuk a dolgozatunkban is majdan, hogy ugyan az alkotmányozás folyamata nincs kötve semmiféle felette álló jogi, etikai (stb.) normához, ám sikere – azaz érvényesülése – érdekében nem mellőzheti az elfogadást, s ez – azaz a majdani legitimáció szüksége – az alkotmányozó hatalom immanens korlátjaként jelentkezik.

<sup>98</sup> *Déclaration* 33-34.

<sup>99</sup> A francia közjogban a nép (*peuple*) és a nemzet (*nation*) szinonim fogalmak; vö. Isensee 1995, 27.

<sup>100</sup> Böckenförde 1983, 17.

kvázi örök érvényű elvek normatív tárháza. Ez pedig – Böckenförde szerint – abszolutista gondolkodáshoz vezet.<sup>101</sup> Carl Schmitt is rámutat arra, hogy a modern alkotmányjog csak az ilyen tartalmú alkotmányokat hajlandó alkotmányként elfogadni, így az alkotmány leíró fogalmából előíró, mégpedig ideologikus fogalom lett, azaz szerinte a polgári liberalizmus mint ideológia kisajátította magának az alkotmány fogalmát.<sup>102</sup> Az alkotmány így egyrésztől immár nem jogfilozófiai, hanem politikai filozófiai fogalom lett, másrésztől nem leíró, hanem *előíró kategóriává* vált. Ennek oka, hogy a jogállam jelentése is megváltozott, s immár nem a jog szerint működő államra (ami a klasszikus pozitvista jog- és állam-képet meghatározta), hanem magára a jog tartalmára irányul. Ám míg a formai kritériumok egyértelműek, a tartalmiak nem. Ezzel megmerevítjük és objektívként ábrázoljuk az egyébként szubjektív, s ezért legitim módon kritizálható jogalkotói akaratot. A veszély oka, hogy – amint Szigeti Péter írja – „[a] jogállamiság jegyében túlságosan is sokféle rejtőzködő világkép, politikai morál és helyi isten lépett már elénk”.<sup>103</sup> E rejtőzködő politikai morálok pusztán hipotézisek, amelyeket tudatunk erősít dogmákká. Eme folyamatot nevezi Hans Vaihinger *Ideenverschiebung*-nak: ebben „a mintha mivel és hogy lesz”.<sup>104</sup> A jogi axiomatikus gondolkodásban – ahogy azt II. fejezetben ábrázoltuk – mindez úgy zajlik le, hogy a bizonyítatlanul felállított axiómáinkat az axiómákból levezetett teoreémákkal definiáljuk. Ám ezzel fogalmainkat nem tettük még valóságossá, pusztán logikailag koherenssé. Ráadásul tudományosan soha nem tudjuk bizonyítani, hogy csak valamilyen tartalmi elem megléte esetén nevezhetünk egy jogszabályt alkotmánynak.<sup>105</sup> Az axiológiaival összefonódott normatív fogalom nem értéksemleges, hanem értékelő szemléletű; ez szolgálhat ugyan politikailag helyes célokat, de alkotmányelméletileg igazolatlan marad a szükségszerűségére való hivatkozás. Így a jogállami alkotmány helyességét nem a jogtudomány értéksemleges eszközeivel, csak a politikum értékelkötelezett céljaival igazolhatjuk.<sup>106</sup>

---

<sup>101</sup> Uo.

<sup>102</sup> Schmitt 2003, 37.

<sup>103</sup> Szigeti 2003, 73.

<sup>104</sup> Vaihinger 1920, 221.

<sup>105</sup> Winterhoff 2007, 66-67.

<sup>106</sup> Winterhoff 2007, 87-88.

### III. 1. 3. Egzisztenciális alkotmány-fogalom

Sokan ráéreztek arra, hogy az alkotmányt a jogrendtől elválasztottan kell kezelni. Samu Mihály szerint például

„az alkotmányos rend nem azonosítható a jogrenddel, mert az alkotmány mint átfogó alapszabály alatt helyezkednek el a jogszabályok, emellett a politikai, gazdasági, szociális és kulturális normák”.<sup>107</sup>

E koncepció azonban az alkotmány lét- és normajellegét még összemossa, mert ugyan észrevételezi, hogy az alkotmány *több mint* a legmagasabb *jogi* norma, de tartalmát nem a politikai valóságra, hanem a társadalom más alrendszerének belső normáira terjeszti csak ki. Valójában különbséget kell tenni a *normatív alkotmány* és a *létalkotmány* között: míg az első egy a jogrendnél szélesebb *norma*, addig a második maga a politikai egzisztencia. Csak e distinkció megtétele után juthatunk el egy valóságos alkotmányontológiához.

Az alkotmány ugyanis egy olyan *reális Sein*, amely létét egy *ideális Seinnak* (akaratnak, elképzelésnek) köszönheti. Az *ideális Sein* emberi magatartásokra irányul, amelyek révén létrejön egy reális, objektív adottság: a politikai egzisztencia, a politikai közösség, a széles értelemben vett alkotmány. Nem következményről van szó, mert a kauzális folyamatok végig a *reális Sein*-szférában játszódnak: *az ideális Sein nem kauzális oka a reális Seinnak, hanem a reális Sein mint cél fogalmazódik meg az ideális Seinban.*

Az alkotmányfolyamatok eszköze az erőszak, eredménye pedig a hatalom. Maga a reális, megvalósult *Sein* (alkotmány) azt mutatja tehát, hogy *kik és hogyan gyakorolják a hatalmat*.<sup>108</sup> Az alkotmány a társadalmilag, történelmileg létező hatalmi viszonyokat határozza meg. Ferdinand Lassalle híres előadásában ezért azonosította az alkotmány jelenségét „a tényleges hatalmi viszonyokkal”,<sup>109</sup> s ezért állította, hogy „az alkotmányi kérdések eredetileg nem jogi, hanem hatalmi kérdések”.<sup>110</sup> Nem az alkotmányból származik hát a hatalom, hanem a hatalom ténylegessége jelenti az alkotmányt – különben arra a Somló által anekdotikusan leírt császárra emlékeztetnénk, aki a forradalom láttán azt kérdi, hogy „szabad-e ezt?”.<sup>111</sup> „Ezen kijelentés komikuma abból adódik, hogy [a császár] annak kérdését, hogy egy meghatározott

<sup>107</sup> Samu 1997, 77.

<sup>108</sup> Somló 1973, 310. et passim

<sup>109</sup> Lassalle 1958, 28.

<sup>110</sup> Lassalle 1958, 56.

<sup>111</sup> Somló 1973, 315.

hatalom jogi hatalom-e még vagy sem, ezen megkérdőjelezett hatalom egyik normájának tartalmából szeretné megválaszolni.”<sup>112</sup>

Az alkotmány – mint maga a pozitív jog is – az akarat eredménye: születésében és dinamikájában egyaránt. Az alkotmányozással születik meg a jogrendszer, így a jogontológiai vizsgálódásunkat, *pars pro toto*, becsomagolhatjuk az alkotmányozás elemzésébe: láthatjuk így is Walter Benjamin nyomán, hogy „a jogtételezés hatalomtételezés és ennyiben az erőszak (Gewalt) közvetlen manifesztálódásának aktusa”.<sup>113</sup> A normatív alkotmányfogalom mint a jogrendszer érvényességének állítólagos végső pontja arra a jogász vágyra vezethető vissza, hogy a jogrendszer egésze a Sollen-szférában legyen tartható.<sup>114</sup> Azonban – ahogy Somló írja – „egy (jogi) norma-rendszer végső alapja nem lehet ezen rendszer egyik normája”.<sup>115</sup> A jogi rendszer mindig egy tényből nő ki, s az alkotmánynál a ténylegességet a valós hatalmi struktúra jelenti. E hatalmi viszony – amelyhez kötve vannak a normák, de amely nincs kötve a normákhoz, mert azok felett áll, azok forrásaként – maga a *Verfassung*.<sup>116</sup>

Nem szükségszerűen kell egyébként mindezt a *Sein-Sollen*-dualizmusában láttatni: e kettőségnek ui. eleve csak egymással szembe- és párba állítva van értelme. A *Sein* voltaképp minden létezőt – reálisat és ideálisat – egyaránt felölel: *minden*, ami van – függetlenül létének módjától – *Seinként értelmezhető*: mindent „minimális tulajdonságként” jellemez a létezése, mert ez teszi lehetővé, hogy egyáltalán gondolni tudjunk rá.<sup>117</sup> Gondolni ugyanis nem csak reálisan, mérhetően, megfoghatóan létező dolgokra tudunk, hanem ideális, eszmei tartalmakra is, mint például a jog. Így ha önmagában nézzük a két szférát, a *Sein* voltaképp *minden létezőt* felölelhet, ekként a *Sollent* mint érvényességében létező tartalmat is.<sup>118</sup> (Lásd 1. ábra!) Franz Achermann ezért nem is Sollenről, hanem *ideális Seinről* beszél: ez „mindannak a fogalma, ami a tudati tartalmat jelenti, ami az elképzelésben, mint élmény-, érzelmi és gondolati tartalom létezik”.<sup>119</sup> Ezesetben a jog csak része, eszköze egy nagyobb rendnek mint létezőnek.

<sup>112</sup> Uo.

<sup>113</sup> Benjamin 1965, 57.

<sup>114</sup> Somló 1973, 318.

<sup>115</sup> Somló 1973, 320.

<sup>116</sup> A *Verfassung* nincs kötve a tételes joghoz: ez leginkább az ún. komisszárius diktatúrában nyilvánul meg, amikor az egész (alkotmány) érdekében függesztik fel a rész (jog) érvényesülését. Vö. Agamben 2004, 41. et passim

<sup>117</sup> Vö. Achermann 1955, 52.

<sup>118</sup> Vö. Peschka 1972, 32-33.

<sup>119</sup> Achermann 1955, 53.

[1. ábra]

Sein és Sollen kapcsolata

	<i>pozitivisták kép</i>	<i>egzisztenciális kép</i>
hatalmi viszonyok =	Sein	Sein
alkotmányi törvény =	Sollen	

Ha így nézzük, a létalkotmány (*Verfassung*, az állami rend *egésze*) és ennek normatív tételezettsége (*Verfassungsgesetz*) – vagy Schmitt szóhasználatával élve: az alkotmány *abszolút* és *relatív* fogalma<sup>120</sup> – nem egymással áll szemben, ahogy a normativizmus – a *Sollent* hangsúlyozandó – vagy a jogszociológia – a *Seint* hangsúlyozandó – gondolná, hanem az alkotmányi törvény része az egésznek: azaz a jogrend (*Sollen*) nem ellentéte, nem logikai ellenpólusa, hanem eleme, eszköze a rendnek (*Sein*).

Amennyiben az alkotmányt a hatalmi helyzettel azonosítjuk, óhatatlanul átlépünk a jogi szférából a politikum világába, miközben a létrejött alkotmány a politikumot is jogiasítja, ekként korlátozza. Magyarán – ahogy Andreas Anter írja –

„az alkotmány egyrészt a politikum alkotása, másrésztől kivonja magát e szféra alól, amennyiben is olyan rendet hoz létre, amely keretet szab a maga részéről a politikumnak”.<sup>121</sup>

Azon alkotmány, amely „a politikum alkotása”, a *Verfassung*; az az alkotmány pedig, amely keretet szab a politikumnak, a *Verfassungsgesetz*. A kerettel megszületik a „mérvadó egység”, ami kizárja annak lehetőségét, hogy egy adott államon belül a *barát-ellenség* szembenállása alakulhasson ki. A politikum lényege vagy az államok között, vagy az államnélküliségben nyilvánulhat meg: mihelyt megvan a barát-ellenség harc „győztese”, letisztul az államiság politikai kerete, s így belül nem – vagy csak a szétesés veszélyekor – jelenhetnek meg újból a politikai harc jellemzői.<sup>122</sup> A politikum ugyan megelőzi az államot – hiszen „[a] jog [...] nem képes a politikai első döntés helyébe lépni”<sup>123</sup> –, de egységet az állam (az állami jog) teremti,<sup>124</sup> amely egységen belül pedig eltűnik a politikum lényegét adó látásmód. Carl Schmitt számára azonban a politikum az esszenciális és elsődleges kategória, míg az állam pusztán ennek

<sup>120</sup> Vö. Schmitt 2003, 3-20.

<sup>121</sup> Anter 2004, 165.

<sup>122</sup> Chantal Mouffe szerint a politikai közösségen belül is fennmaradhatnak a politikai ellentétek, biztosítva a valódi pluralizmust; vö. Mouffe 2007.

<sup>123</sup> Di Fabio 2003, 74-75.

<sup>124</sup> Takács 2004, 175-179.



egyik, történelmileg meghatározott korhoz köthető jelensége.<sup>125</sup> Schmitt ezért nem etatista gondolkodó:<sup>126</sup> nála ugyan az államtól függ a jog, de az állam maga is csak relatív és esetleges kategória az elméletében.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Schmitt 2003a, 375-385.

<sup>126</sup> Mehring 2001, 23.

<sup>127</sup> Mielőtt azonban úgy látszanék, hogy Schmitt elméletében teljesen mellékes elemnek tartanánk az államiságot, fontos megjegyezni, hogy az államiság a jognál lényegesebb kategória, hiszen Schmitt elképzelhetőnek tartott egy jog nélkül működő államot (vö. kivételes állapot, „az állam a jog eltűnésekor is fennmarad”, írja a *Politikai teológiában*, lásd Schmitt 1992, 5.), ám egy állam nélküli jogot már kevésbé (hiszen az államnélküliségben a jog megszűnik, s a politikum „jön vissza”).

### III. 2. Az alkotmány(ozás) ontológiai elemzése

A jog jelensége kétféleképpen írható le: az ismeretelmélet a felismerésre, míg az ontológia a származásra kérdez rá. A jogpozitivizmus legfeljebb a jog sajátos létmódját, az érvényességet – azaz a *jogi Daseint* – ábrázolhatja, a jog lényegének bemutatása csak a pozitív jogon túl tekintve képzelhető el (*ontológiai megközelítés*).<sup>128</sup>

(1) A normativizmus számára az alkotmányozás (így a jogrendszer születése) olyan *jogi folyamat*, amelynek a jogrendszer szabja meg kereteit: a folyamatok a *Sollen* szférán *belül* maradnak, valójában azonban ekként csak a *már* létrejött rendszerben tud értelmes kijelentéseket tenni: azaz az ontológiai kérdéseket eleve ismeretelméleti síkra tereli, s ott próbálja a rendszerén belül tartva „hatástalanítani” őket. (2) A metajurisztikus elméletek szerint az alkotmányozás oka valamilyen abszolút értékben, abszolút értékkel bíró entitás „szavában” található. (3) A realista ontológia az alkotmányozás valóságát írja le, amelyben nincsenek külső (jogi, politikai vagy etikai) korlátok, mert a *tényfolyamatok belső* önmozgása határozza meg a végeredményt.<sup>129</sup> Itt azonban az a (4) konzervatív bírálóat lehet jogos, amely a realista koncepciók túlzottságára, az idő- és hagyománytényező figyelmen kívül hagyására mutat rá (*pragmatista természetjog*).

Az alkotmány ontológiájában a cél egyértelmű: egy új alkotmány; a vita tárgya a létrejövételre vonatkozik: eleve jogi aktusról van-e szó, vagy a jogi jelleg csak utóbb válik a folyamatok jellemzőjévé.<sup>130</sup> A normativizmus közvetlenül jogi aktusnak tartja az alkotmányozást, míg a metajurizmus és a realizmus nem. Azonban míg a normativizmus és a metajurizmus külső mércékkel értékeli, írja le a folyamatokat, a realizmus a folyamatot magát ábrázolja. (Lásd 2. ábra!)

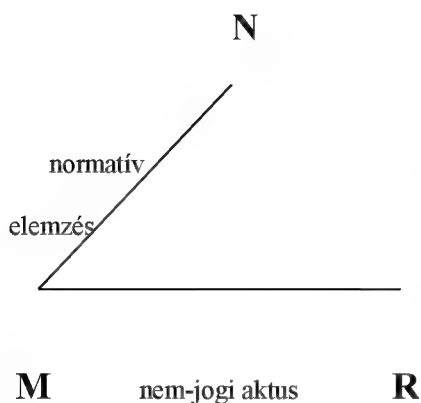
<sup>128</sup> Peschka 1972, 309-311. et passim.

<sup>129</sup> A jogrendszer nézőpontjából viszont azt mondhatjuk, hogy létrejövétele *nem belső, hanem külső* hatás eredménye.

<sup>130</sup> Winterhoff 2007, 129.

[2. ábra]

jogi elemzés hármassága



A normativista elmélet (N) és a metajurisztikus koncepció

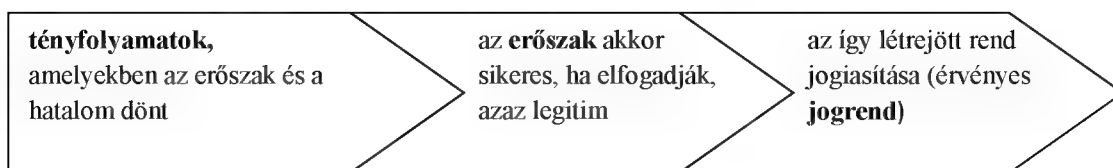
(M) közös jellemzője a normatív elemzés (*Sollen, Dürfen*).

A metajurisztikus tanok (M) és a realizmus (R) közös jellemzője pedig a folyamatok jogon kívüli ábrázolása, számukra tehát nem jogi folyamat az alkotmányozás.

Az alkotmányozás folyamatát leginkább az iskolák *szinopszisában*, a folyamatok lényegéből adódó tulajdonságok elemzésével tudjuk bemutatni. Ha csak az egyik vagy csak a másik szempontokra koncentrálnunk, hiányos elméletet kapunk. (1) A realizmus és a dekonstrukcionizmus segítségével lebonthatjuk jogi fogalomvilágunkat, s láthatjuk a mögötte lévő *akaratot* – amelynek jogkeletkeztető létét egyébként a pozitivizmus sem tagadná –, (2) ám a konkrét akarat sikerének – azaz az új létállapot létrejöttének – magyarázatában nem elégséges a dekonstrukció absztrakt látásmódja, hanem az akaratot és annak környezetét, azaz annak kérdését, hogy az akarat és környezete miként képes egy új alkotmányt eredményezni, szintén meg kell vizsgálni. Itt van szükség a *legitimitás* kérdésére, amely viszont már tartalmi és metajurisztikus szempont. (3) Mihelyt megszületett – azaz elfogadtatott – az új létállapot (maga a rend), e rendnek – épp a társadalmi kommunikációk sokrétűsége, a modern társadalmi lét, társadalmi interakciók bonyolultsága okán – egy jogi közvetítő mezőre, rendező erőre van szüksége, azaz *jogrendre*, ami pedig már normatív szempont. (Lásd 3. ábra!)

[3. ábra]

tényhelyzetből joghelyzet



### III. 2. 1. Normativista alkotmány-koncepció (Hans Kelsen) kritikája

Miután létrejön a jogi kommunikáció, a korábbi rend immár a „jogszerű” / „jogszerűtlen” binaritásában válik magyarázottá, megteremtve a jogi kommunikációs tér virtuális mezejét. E virtuális, gondolt (mert pusztán a kommunikációban és azáltal létező) tér statikus leírására képes a kelseni jogpozitivist elmélet – anélkül, hogy az érvényesülés (azaz a jogi dinamika) valóságát, a jog létrejöttét, születését, megszűntét tudná (és ami még fontosabb: akarná) magyarázni. A normativizmus alaptézise, a Sein-Sollen megkülönböztetés értelmében *a jogi tulajdonság nem következménye* bármilyen tényaktusnak, hanem a tényaktusra *a jogi norma vonatkozik*, és – az akarat révén – vonatkoztatik, anélkül, hogy a jogi tulajdonság – ellentétben a természetjog állításaival – abból bármilyen módon is következne. Ez a kelseni beszámítási láncolat (*Zurechnung*) lényege – ez mindig visszafele ható beszámítást jelent.

#### III. 2. 1. 1. A hipotetikus alapnorma kritikája

Kelsen joglépcsőtanában valamennyi norma egy felette álló normától – annak érvényességétől – nyeri érvényességét,<sup>131</sup> s a felsőbb norma kereteit kitöltve, minden következő szint egyben új tartalmat ad a rendszer egészéhez.<sup>132</sup> A rendszer belülről zárt és egységes. Az egész rendszer azonban mitől érvényes? A normahierarchia végén az alkotmány helyezkedik el, s mivel ez a legfelső norma egy jogrendszeren belül, ennek érvényessége nem vezethető vissza egy még felsőbb normára. Ahogy Christian Winterhoff megállapítja: „[A] levezetési elv az

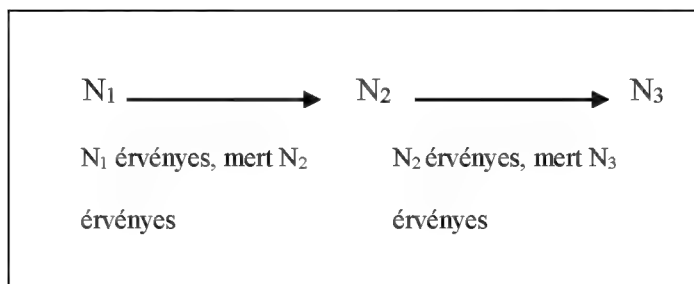
<sup>131</sup> Kelsen 2003, 183.

<sup>132</sup> Vö. Kelsen 2001, 44., ill. 46.

alkotmányozás esetén csődöt mond: nincs több (jogi) norma az alkotmány felett”.<sup>133</sup> Az alkotmánynak a létrejötte így nem magyarázható a többi normánál alkalmazott logikai séma szerint, hiszen „[l]ogikailag sohasem gondolhatjuk a lépcsőzetesség végét”.<sup>134</sup> Kelsen nem mondja meg, hogy miért lenne érvényes az önmagában, amire a normát visszavezetjük.<sup>135</sup> Nála az érvényesség így egy *rendszerimmanens kategória*. Ahogy Paksy Máté helyesen rámutat, Kelsen az alkotmány igazolásakor olyan terrénumra sodródik, ahol óhatatlanul vagy a tiszta jogtan leíró, vagy tudományos jellege kerül veszélybe.<sup>136</sup> Ugyanis az alkotmány igazolásakor vagy megpróbál annak tartalmához nyúlni (de így elvesz elméletének leíró, tartalom-független jellege), vagy pedig – belső rendszerlogikáját nézve még mindig helyesebben téve – az ún. *hipotetikus alapnorma* segítségével oldja meg a problémát (de itt pedig az érvényesség végső lezárása sikerül igen kurtára). A hipotetikus alapnormával a legnagyobb gond, hogy egy *már* érvényes, létező jogrendszer érvényességét magyarázza csak. Kelsen a *már* létrejött, *már* létező rendszer működését írja le – amelynél a hipotetikus alapnorma szükségszerű feltétel, de nem ontológiai kategória –, s nem a rendszer létrejöttét.<sup>137</sup> A hipotetikus alapnormával a rendszer egészének érvényességére irányuló kérdés ekként – ahogy Bernd Rüthers írja – nem lesz megoldva, „legfeljebb átnevezve”.<sup>138</sup>

[4. ábra]

érvényességszármaztatás Kelsennél



<sup>133</sup> Winterhoff 2007, 131.

<sup>134</sup> Ross 1989, 361.

<sup>135</sup> Ross 1989, 260.

<sup>136</sup> Vö. Paksy 2005, 61.

<sup>137</sup> Alexy 2005a, 334.

<sup>138</sup> Rüthers 2007, 291.

A hipotetikus alapnorma logikai fikciója biztosítja, hogy a jogtudós normatív jelentést tulajdoníthasson a tényeknek – elvégre a norma nem más, mint a tényekhez rendelt speciális jelentés. Az alapnorma így egy szükségszerű (de bizonyíthatlan, formális, üres) logikai elem,<sup>139</sup> egy „transzcendentál-logikai alkotmány”.<sup>140</sup> Eme alapnorma jogivá transzformálja a *Sein*ből a *Sollen*be való átlépést,<sup>141</sup> s mintegy jogi kategóriaként kezeli a rendszer alapokát is. A jog mögötti akaratok ekként válnak objektív normákká – a rendszer utolsó eleménél, az alkotmánynál azonban a szubjektív akarat objektív értelme csak feltételezett: ezt a feltételezést biztosítja logikailag a hipotetikus alapnorma. Ezzel azonban Kelsen egy *Sollen*-jelenséget (norma) egy *Sein*-jelenséggel (mögöttes akarat) kötne össze: ám amennyiben igaz, hogy logikailag a két szféra külön áll egymástól, akkor – Moór Gyula megfogalmazásával élve: – az alapnorma révén egy „logikai lehetetlenség logikai feltétellé” válik.<sup>142</sup>

### III. 2. 1. 2. Kelsen fiktív ontológiája

A kelseni „ontológia” egy *konstitutív ismeretelméleti koncepció*n nyugszik: a jogrendszer azért jön létre, mert a hipotetikus alapnorma feltételezett léte rendezettséget teremt az emberi akaratok kaotikus világában.<sup>143</sup> elkülönítve a jogot a nem-jogtól (ezért és ekként válik pszeudó-ontológiai kategóriává Kelsennél az érvényesség fogalma). Ugyan Kelsen szerint az alapnorma révén megtisztítjuk a jogi érvényességtant a metajurisztikus-transzcendentális elemektől, valójában az alapnormának is csak valamiféle hit lehet az alapja.<sup>144</sup> Hiszen maga Kelsen ismeri el, hogy a rendszer logikai összetartójaként fungáló alapnorma voltaképp – logikailag nézve – nem is hipotetikus, hanem kifejezetten *fiktív* oka a jogrendszernek.<sup>145</sup> Azaz – ahogy Peschka Vilmos írja kritikusan – a tiszta jogtanban

„Kelsen [...] hogy a jogi norma érvényességét pusztán a Sollenből vezethesse le, inkább az üres, tartalmatlan képzetek, a transzcendentális idealizmus világába menekül.”<sup>146</sup>

Az alapnorma okán – ahogy Karácsony András helyesen állapítja meg – „a kelseni jogpozitivizmusban létezik egy metafizikai minimum, s ezért filozófiai értelemben nem pozitivistá”, ill. nem realista, mert nem a tényeket leíró, hanem előíró elmélet.<sup>147</sup>

<sup>139</sup> Bódig 2007, 200-202.

<sup>140</sup> Kelsen 1968, 1976-1977.

<sup>141</sup> Alexy 2005a, 343.

<sup>142</sup> Moór 2006, 117.

<sup>143</sup> Vö. Dias 2005, 198.

<sup>144</sup> Ross 1989, 366.

<sup>145</sup> Kelsen 1968, 1978.

<sup>146</sup> Peschka 1972, 52.

<sup>147</sup> Karácsony 2007, 166. és 167.

A normativista tan e hiányossága a *rendszeren belül* nem ütközik ki, ha azonban az alkotmányozás esetén is erre a hipotetikus alaponormára hivatkoznánk, a természetjog dualista jogképéhez jutnánk, azt feltételezve, hogy van egy olyan, az ember alkotta törvény felett elhelyezkedő – akár csak hipotetikus – jog, amely meghatározza jogalkotásunkat. Értelemszerűen a hipotetikus alaponorma nem tölthet be ilyen funkciót, hiszen tartalmilag üres, s szerepe formállogikai.<sup>148</sup> Ám akkor hogyan, hol s miért születik a jogrendszer? Kelsen számára sem a metajurisztikus érvek, sem a ténylegességre való hivatkozás (engedelmesség) nem szolgálhat válaszul. Ő figyelmét a már létező *Sollen*-szférára összpontosítja, s mint jogtudós a *jogot mint olyat*, s nem annak előzményét (létrejöttét) akarja leírni. Igazolni azonban így semmiképp sem lesz képes a jogrendszert, hiszen maga ismeri el, hogy „lehetetlen a jogot is a joggal igazolni”.<sup>149</sup> Azaz – ahogy arra Lukács György a kantiánus jogelmélet kritikájában rámutat –

„az újkantiánusok a jogi tételek »érvényességét« elválasztják minden társadalmiságtól [...], legjobb esetben immanens értelmezését adhatják a mindenkor érvényes jogtételeknek, de sohasem tudományos magyarázatát, keletkezésüknek, hatálytalanná válásuknak.”<sup>150</sup>

Kelsen persze nem is akarja kívülről – a keletkezés, megszűnés, hatás felől – szemlélni a jogrendszert: belső leírására szorítkozik.<sup>151; 152</sup> Eme előzetes metodológiai döntéssel tudja kikerülni elméletében az alkotmányozás problémáját. Verdross szerint viszont Kelsen ekként nem a valóságot írja le, hanem módszerével megteremti módszere tárgyát.<sup>153</sup>

A normativizmus így egy előzetes metodológiai döntés révén kikapcsolja a jog környezetét, születését, hatását. Tamás András ezzel igazolja annak általa is felismert tényét, hogy „[a] tiszta jogtan a Sollen világába zárt teória”.<sup>154</sup> Szerinte azonban csak így lehet a jogtudomány többé-kevésbé állandó válaszokkal élő tudomány, hiszen „[a]lkotmányosság és jogrend nem lehet pillanatnyi – folytonosan módosuló – erőhelyzetek következménye”.<sup>155</sup> A környezet, az erőhelyzet leírása is történhet persze tudományosan: ez a jogszociológia (vagy a politológia) terénuma. A normativista jogtudomány a jogot viszont leválasztja minden további tényezőtől, s kizárólagosan vizsgálja. Ahogy Varga Csaba írja Kelsen elméletéről:

<sup>148</sup> Dias 2005, 205.; Alexy 2005a, 345.

<sup>149</sup> Kelsen 2001, 70.

<sup>150</sup> Lukács 1978, 585-586.

<sup>151</sup> Kelsen 2001, 71.

<sup>152</sup> A jog belső (jogias) és külső (szociológiai) leírásáról ld. Black, 1989. 21.

<sup>153</sup> Verdross 1968, 1308.

<sup>154</sup> Tamás 2005, 75.

<sup>155</sup> Tamás 2005, 71.

„Nem valóságot ír le hát, hanem fiktív világot: a normákét, mintha a normák pusztá létük folytán [...] mozgást indíthatnának el, önmagukban meghatározóvá válhatnának [...]”.<sup>156</sup>

Ha önálló tudomány akar lenni, nem is tehet másképp, holott a jog szempontjából döntő és érdekes kérdések a „*jogon túl*” merülnének fel, hiszen a jog fogalma sem érthető meg igazán alapjainak ismerete nélkül.<sup>157</sup> A pozitivista jog- és államelmélet így végső soron *problémaérzéketlen*.<sup>158</sup> Kelsen elméletével képes biztosítani a jogrendszer *belső* logikai koherenciáját, de az ontológiai kérdésekre eleve nem tud választ adni.<sup>159</sup> Mert Kelsen számára a jogi normák *adottak*. Carl Schmitt mutat rá viszont – immár ontológiai elméletében – a normák *alkotott* jellegére.<sup>160</sup>

A normativisták számára az alkotmányozás így nem téma, 1. mert megelégszenek a hipotetikus érvényességszármaztatással (amellyel a *már létező alkotmányok* érvényességét tudják magyarázni), illetve 2. mert belátják, hogy számukra az alkotmányozás *nem jogi folyamat*, s így saját látókörükön kívül helyezkedik el.<sup>161</sup> Azaz – ahogy Frivaldszky írja –

„Kelsen a pozitivista tudományfelfogás nézőpontjából a jogot *redukált* formájában vizsgálja, s mindaz, ami módszertani redukcionizmusa folytán nem érzékelhető, azt a jogilag nem létező világába utasítja.”<sup>162</sup>

Maga Kelsen nyilvánította a jogszületést „jogászai konstrukcióval meg nem ragadható tényállásnak”, „misztériumnak”.<sup>163</sup> Ám az osztrák közjog kontinuitásának 1918 utáni megszakadása kapcsán maga is beismerte, hogy

„kiindulópontnak mindig valamiféle végeredményben önmagát érvényesnek előfeltételezett és legfelsőbb normát (vagy normarendszert) kell tennünk. Ezen utolsó, mint a jogi megismerés előfeltételeként szereplő norma érvényességéről szóló kérdés jogi megismerésen kívül helyezkedik el. Ez a végeredményben legfelsőbb normaként előfeltételezett úgymond az archimedesi pont, ahonnan a jogi megismerés világát mozgásba hozzák. Ennek a pontnak a kiválasztása alapján véve *nem jogi, hanem*

<sup>156</sup> Varga 2001, XII.

<sup>157</sup> Horváth 2006, 11.

<sup>158</sup> „Az államtanban [és a jogtanban is] a pozitivista jurisprudencia radikális önállósodásának vitathatatlan eredménye lett a fogalmi tisztaság, a ködös metafizikai fogalmaktól való megszabadulás, másrészt viszont ennek az volt az ára, hogy a jogászai pozitívizmust a szociológiától, metafizikától és etikától való félelme, az állítólag érték- és ténymentes formalizmusra való egyoldalú törekvése teljes eredménytelenségre kárhoztatta az általános államtan valódi problémáival szemben.” Szilágyi 2007, 388.

<sup>159</sup> Ehrenzweig 1973, 57.

<sup>160</sup> Takács 2004, 178.

<sup>161</sup> Winterhoff 2007, 138.

<sup>162</sup> Frivaldszky 2007, 418. (kiemelés eredetiben)

<sup>163</sup> Kelsen 1923, 334.



*politikai kérdés és ezért az önkényesség látszatát hordozza a jogi megismerés szempontjából nézve.*<sup>164</sup>

### III. 2. 2. Metajurisztikus alkotmány-koncepció és kritikája

#### III. 2. 2. 1. A pozitivista szemlélet meghaladása

Az egyik lehetséges megközelítés szerint a jog létrejöttét külső szempontok alapján kell értékelni. A jog itt nem deskriptív, hanem értékfogalom: számára nem minden jog, ami egy pozitivista munkájában annak látszana. Érték-normativizmusuk okán a kelsen normativizmus számára megválaszolhatatlan kérdések azonban náluk is megválaszolhatatlanok maradnak – csak egy szinttel feljebb. Amennyiben azonban a természetjogot annak klasszikus változatával azonosítjuk, a kritika e koncepciót nem érinti, mert a természetjog e felfogása szerint – Frivaldszky leírása értelmében –

„a természetjog alapvető *elvei* – s nem pedig *normái* – olyan rugalmasok és tágak, hogy a történeti-társadalmi igényeket nemcsak hogy érvényesíteni engedik a pozitív jog alkotója számára, hanem egyenesen igénylik is ezen kiegészítő tevékenységet”.<sup>165</sup>

Az alábbiakban bírálendő – ettől eltérő – absztrakt-univerzális koncepció hibája viszont épp a statikus, időtlen jogkép, amely – persze más módon, mert nem tartalmi, hanem formai szempontból – a pozitivista jogképet is jellemzi. Egy jogontológiának azonban éppen olyan kérdésekre kell választ találnia – jogszületés, jogérvényesülés, jogmegszűnés stb. –, amelyek eleve a jog dinamikáját illetik, így statikus magyarázatokkal nem leírhatóak.

#### III. 2. 2. 2. Az érték-logika és veszélye

Ehelyütt szükségesnek látszik visszautalni Böckenförde véleményére, aki szerint a modern alkotmányosság utolsó jegye, értékcharta jellege egy új totalitás lehetőségét veti fel. A modern alkotmányok nem csak szervezeti vázát adják a hatalom működésének, de a szuverén mozgásterének kijelölői, korlátjai is. Az értékek kezdetben e negatív tartalomból voltak kiolvasandók, de számos alkotmány *expressis verbis* megfogalmazott bizonyos emberi (vagy alapvető) jogokként nevesített értékeket, és ezzel olyan tartalmat adtak az alkotmányoknak, amely a jogrendszer hagyományos jogi rétegződésébe nehezen illeszthető be, illetve amely

<sup>164</sup> Kelsen 1914, 217. (kiemelés tőlem)

<sup>165</sup> Frivaldszky 2007, 408. (kiemelések eredetiben)

nem bármikor megváltoztatható, mert érvényességét nem formájától – alkotmányban elfoglalt helyétől – nyeri, hanem *immanens érvényességet* igényel. A hagyományos jogelméleti kép, miszerint a pozitív jog tartalma a jog formája okán érvényes, megfordul, s immár a pozitív jog tartalma *saját okán* érvényes. Ha azonban egy tartalom a formától függetlenül érvényes, akkor a tartalom nem cserélhető, s csak a tartalom formája, de nem a forma tartalma változtatható. Böckenförde ennek kapcsán beszél új totalitásról.<sup>166</sup> Az utóbbi időkben egyre nagyobb hangsúlyt kapnak az alkotmányokban az ún. alkotmányos értékek, alapelvek, emberi jogok (azaz egy teológiai megalapozottságát vesztett, szekuláris úgymond észjog megjelenését figyelhetjük meg), amelyek leválthatatlan, korlátozhatatlan, kontrollálhatatlan, s a hagyományos jogképpel idegen, a klasszikus jogi rétegződésbe (egyesek szerint) nehezen beilleszthető szintet visznek a jogrendszerbe.<sup>167</sup> Minderre példa lehet azon „láthatatlan alkotmány”, amelynek fogalmát – a korábbi magyar Alkotmány értelmezése kapcsán – Sólyom László vezette be a magyar közjog szókincstárába, imígyen nyilatkozva róla egy konferencián:

„a napi politikai érdekből módosított vagy értelmezett Alkotmány fölött az alkotmányosság biztos mércéjéül szolgál [a láthatatlan alkotmány]; annyira, hogy a várható új alkotmánnyal sem kerül ellentétbe.”<sup>168; 169</sup>

Magyarán a jogilag értelmezett alkotmány (*Verfassungsgesetz*) politikai-filozófiai eszmék chartájává válik, ekként változhat ugyan a formája, de eleve és előre korlátozná bármilyen alkotmányozó politikai hatalom mozgásterét. Ádám Antal is elismeri e sólyomi kijelentés ideológiai jellegét, bár védeni próbálja a mögöttes szándékot.<sup>170</sup> A különböző alkotmánybíróságok gyakorlati, ill. az újjáéledt természetjog és az alkotmányos liberalizmus párhuzamos elméleti munkája nyomán az alkotmányok értékchartákká váltak, amelyek tartalmát ráadásul az alkotmánybíróság(ok) hivatott(ak) kiolvasni, s egy olyan egységes egésszé formálni (alapjogok rétege), amely a jog strukturálisan zárt, de kognitíve nyitott rendszerébe *egy strukturálisan nyitott, de kognitíve zárt szintet* próbál beemelni.<sup>171</sup> Pokol Béla

<sup>166</sup> Böckenförde 1983, 18.

<sup>167</sup> Ezt nevezzük az alkotmányos alapjogok rétegének; az ezekkel kapcsolatos problémákról lásd Pokol 1990, ill. Pokol 2005, 77-136.

<sup>168</sup> Sólyom 1992, 274. (kiemelések tőlem)

<sup>169</sup> Jakab András nem alkotmány-*felettiként* definiálja a „láthatatlan alkotmányt”, hanem az alkotmány *értelmezéseként*, az Ab-határozatokból összeálló koherens fogalmi réteggént, amely a jogforrási hierarchiában az Ab-határozatok szintjén – tehát semmiképp sem az Alkotmány felett – helyezkedik el; vö. Jakab 2007, 118. és 138. Ádám Antal szerint sem korlátozza, csak esetleg orientálja a jövő *pouvoir constituant*-ját a láthatatlan alkotmány; vö. Ádám 1998, 78.

<sup>170</sup> Ádám 1998a, 354.

<sup>171</sup> Carl Schmitt mindezt úgy fogalmazza meg, hogy „mihely megjelenik az érték, egy gondolati váltás szükségessé válik”. Vö. Schmitt 1967, 55. Azaz az érték nem nyitott, hanem zárt tartalmú kategória: identitásában idegen a jog jelenségétől. Míg a jog érzékeli a külvilágot, s adekvát reakciót eredményez, addig az érték immanens és a tények vagy idomulnak hozzá, vagy *tant pis pour les faits*.

több helyütt részletesen elemzi az általa a *jog alkotmányjogiasításának* nevezett jelenséget. Ő is megállapítja az új jogréteg kognitív zártságát: „az alkotmányos alapjogok és -elvek normatív tartalma jóval absztraktabb, mint a hagyományos jogterületek szabályai”.<sup>172</sup> Ennek révén a jogtudományban megjelenik az értékalapú, zárt gondolkodás, márpedig az értékeknek saját – a jogétól eltérő – logikájuk van. Az érték exkluzív, kognitíve zárt gondolkodást feltételez. Az érték sem nem perszonális, sem nem interperszonális (horizontális) moralitást jelent, hanem vertikális meghatározottságot, ahol nem a személyes meggyőződés, nem a visszacsatolás, hanem a felülről lefelé meghatározott absztrakt tételezettség válik a politikai hatalom helyességének vélt biztosítékává.

Az érték gondolat úgy véli, hogy a jog mint a valóságról tett értékítélet objektív, azaz a *Sollen* a *Sein*ből következik. Franz Achermann írja, hogy az emberi jogok tana szerint azon tényekből, hogy az ember beszélni, látni, hallani, mozogni stb. képes, rögtön az is következne, hogy az embernek joga is van a beszédhez, halláshoz, mozgáshoz (vélemény-nyilvánítási szabadság, mozgásszabadság stb.). Az érték gondolkodás tehát a jogot mint objektív értéket kezeli, belehelyezve a természet kauzális folyamataiba mint ok vagy okozat:

„Abból a tényből, hogy van fülünk, a természetjogászok arra következtetnek, hogy [...] nekünk hallanunk is kell, hogy nekünk jogunk van arra, hogy halljunk.”<sup>173</sup>

A természeti világ azonban: *van*, míg a jogi világ: *kell*. A természeti világ kauzális folyamatait nem alakíthatjuk át teleologikus folyamatokká – miközben persze a teleologikus aktusok megvalósulása már a kauzális folyamatokba helyeződve képzelhető el. Az exkluzív érték gondolkodás legnagyobb hibája, hogy a valóságról tehető jogi kijelentéseket – „jogszerű”, „jogszerűtlen” – megismerési ítéleteknek (*Erkenntnisurteile*) tartja: azaz egy folyamat jogellenességének megállapítása ugyanolyan ítéleti aktus lenne eszerint, mint annak megállapítása, hogy az előttem lévő képnek mennyi az átmerője. Holott a jogi ítélet nem ilyen megismerési ítélet – mert nem a megismerendő tárgyból, hanem a megismerő szubjektumából fakad (*Werturteile*) –, s ekként ugyanúgy lehet valami egyszerre jogszerű és jogszerűtlen – akaratunk és akaratunk érvényesíthetőségétől függően –, mint ahogy az előttem lévő kép is látható szépnek vagy csúnyának egyaránt. Pozícionalitásunk, kondicionalitásunk, kulturáltságunk és akaratunk függvénye, hogy a képet szépnek vagy csúnyának látjuk-e. Hogy aztán, mely állítás objektiválódik (kanonizálódik) a diskurzusban, továbbra sem a megismert képtől, hanem a megismerő akaratának erejétől, hatásától, elfogadottságától függ. A jogban sincs ez másképp. Egy tény – mint a *Sein* egy eleme – sokféleképpen megismerhető, hozható

<sup>172</sup> Pokol 2003, 170.

<sup>173</sup> Minderről Achermann 1955, 37. (A természetjog alatt Achermann az észjogot érti.)

róla sokféle megismerési ítélet: ergo a róla tehető állítások verifikálhatóak magával a megismerendő tárgy immanens tulajdonságaival. Ezen tény azonban jogilag is értékelhető (így jön létre a tényállás), de az értékelés ekkor már – lévén a jog nem immanens, hanem hozzárendelt, gondolt, akart tulajdonság – nem a megismerés, hanem az akarat, a gondolat, a tudat eredménye. A pozitivista jogszemlélet, különösen a kelsen-i elmélet ezt igen szigorúan fogalmazta meg, miszerint nem a tény jogellenes (vagy jogszerű), hanem az én akaratom látja annak, és annak eredményeképp jön létre a tényállás és az arra alapuló ítélet. A tényállás azonban nem ok, hanem eleve okozat – a jogi értékelés (azaz emberi akarat) eredménye. A kép átmerője az akaratomtól függetlenül is annyi, amennyi (amennyi a megállapodott mértékegységgel mérő mérőszalag alapján megállapítható), de esztétikai vagy jogi értéke nem önmagából, hanem az értékelő személy tudatából vonatkozik rá. A kép a megismerési ítéletnek alanya („a kép ennyi és ennyi centiméter átmérőjű”), míg az értékelő ítéletnek tárgya („én szépnek látom a képet”, „én jogellenesnek ítélem az eseményt”). Ha és amennyiben az ítéletalkotási láncolat hierarchizált – ahogy a jogban igen, az esztétikában viszont nem –, úgy a láncolat végén elhelyezkedő ítéletalkotó személy ítélete objektívnek látszhat, lévén nem felülbíráható immár az ítéletalkotási láncolatban legitim módon. Az esztétikában – mivel (hivatalosan) nem alakult ki a jogi döntéshozatali fórumokhoz hasonló ítéletalkotási láncolat – jobban érzékelhető az ítéletek szubjektivitása – igaz, az esztétikai ítéleteket is meghatározzák különféle kánonok –, és egy laikus jobban látja, hogy hiába is okos a képet elemző esztéta, véleménye csak egy a felvethető vélemények közül. A jog azonban egy olyan *mitikus légkört* alakított ki önmaga körül – akár ruházkodásában is (lásd az alkotmánybírák öltözetét, szertartásait<sup>174</sup>) –, amely révén azt az *illúziót* keltheti a laikus jogalanyokban, hogy a jogot az alkotmánybíró pusztán felismeri, ahogy felismeri a kép átmerőjét, az utca hosszát, a törvénykönyv súlyát. A pozitív jogi értékelés azonban nem a *reális Sein*ban, nem a leírt szövegben, a megtörtént eseményben, hanem az azt értékelő emberi tudatban (*ideális Sein*) megjelenő tudati tartalom, akarat – amely, ha megfelelően erős és (a jog esetében) megfelelően magas fórum által kinyilvánított, még objektívnek is tetszhet.

---

<sup>174</sup> Vorländer 2006, 28-29.

### III. 2. 3. Realista alkotmány-koncepció

#### III. 2. 3. 1. Az alkotmányozás funkcionális-egzisztenciális jellege

Az alkotmány (és a jog) *valós* okának kutatására se a pozitivista, se az axiológiai út nem alkalmas. Kelsen egy *már* kialakult jogrendszer ismeretelméletét adja, ontológiai vizsgálódásai normatív (s így igazolatlan) vagy tautologikus kijelentésekbe csúsznak. Miről is van szó még egyszer? A normatív alkotmányozás-fogalom szerint az alkotmányozás során sem lépünk ki a normatív szférából, hanem a meglévő formális keretek közé viszünk be, a meglévő eljárási lehetőségek segítségével, egy új normatartalmat. A normatív alkotmányozáskor ezért egy hirtelen váltás van csak: az egyik percben még a korábbi alkotmányszöveg érvényes, a másokban viszont már a meghatározott többséggel elfogadott új normatextus. Egy ilyen pillanatnyi, azonnali váltáskor valóban megváltozhat a jogrendszer, a *Sollen*-szféra egzisztenciája – elvégre új jog lesz *érvényes* –, de ha az alkotmányt létjelenséggént fogjuk fel, nem állíthatjuk, hogy bármilyen váltás a politikai egzisztenciában néhány másodperc alatt végbe mehet. Persze ez esetben az alkotmányt nem olyan jelenséggént értelmezzük, ami által (normatív alkotmányfogalom), hanem *amiben* létezik az állam. Ez a megközelítés igen régi: amikor Arisztotelész osztályozza az alkotmányokat, szintén a politikai egzisztenciájukat vizsgálja, s nem – Lassalle kifejezésével élve<sup>175</sup> – holmi elkülönült papírfecnit. Mivel az alkotmányozás egy valós folyamat, sem a hipotetikus, sem a természetjogi (észjogi) normákkal nem jellemezhetjük,<sup>176</sup> legfeljebb értékelhetjük.

Összefoglalóan azt jelenthetjük ki, hogy az alkotmányozás tényleges leírására (kritikájára) nem alkalmas a pozitív jogi szemlélet, amely mindent az *eszközök jogszerűsége* felől, illetve az a „természetjogi” szemlélet, ami pedig mindent a *célok igazságossága* felől közelítene meg.<sup>177</sup> Az alkotmányozás nem „normális” (valamilyen norma szerinti) aktus, így sem eszközeiben, sem céljaiban nem vizsgálándó külső szempontok (jogszerűség, igazságosság) alapján. Ezért csak egy realista koncepció képes jogontológiai válaszokra. Körösi András szerint voltaképp Schmitt az, aki *eleve ontológiai* kérdéseket fogalmaz meg, akinek elmélete nem ismeretelméleti vagy normatív, hanem ontológiai síkon mozog.<sup>178</sup> Lukács György is elismeri, hogy

<sup>175</sup> Lassalle 1958, 42.

<sup>176</sup> Petrétei 2008, 125.

<sup>177</sup> Vö. Benjamin 1965, 31.

<sup>178</sup> Körösi 2004, 154.

„Schmitt épp azt, amit az újkantianizmus a jogfilozófián kívül helyez, a jogfilozófia tulajdonképpeni problémájával fogja fel, ti. hogy milyen hatalom tételezi, illetőleg szünteti meg a jogot”.<sup>179</sup>

Az alkotmányozás problematikájakor ezért gyakorlatilag a senki földjén találjuk magunkat; ahogy Andreas Anter írja: „[a]z alkotmányi kérdések [...] rég nem jogi területek”,<sup>180</sup> s így a reálisan létező hatalmi viszonyok határozzák meg, mi legyen majdan a jog. Semmiféle *Sollen* (jog) vagy *Dürfen* (etika) nem korlátozza ténylegesen a *Können* (hatalom) világát. Ahogy a korábbi német alkotmánybíró, a neves bonni közjogász Udo Di Fabio írja: „[a] történelem arra figyelmeztet [...], hogy a politikai hatalom jog vagy morál által nem korlátozható tartósan”.<sup>181</sup>

Kelsen – mint fentebb olvashattuk – belátja, hogy a jogszületés nem a *Sollen* világa, sőt egy késői tanulmányában egyenesen úgy fogalmaz, hogy „a Sollen és a Wollen között lényegi kapcsolat áll fenn”.<sup>182</sup> Kelsen azonban a reláció egyik, normális (norma szerinti) oldalát elemzi csupán, holott – ahogy Paul Noack írja: – „[a] normától való] eltérés mutatja csak meg, milyen esélyei vannak annak, amit »normalitásnak« nevezünk”.<sup>183</sup> Ám ehhez nem a normalitás normativitásából, hanem a ténylegességből kell kiindulni. Ezért ha az alkotmányozást vizsgáljuk, látnunk kell, nem normatív keretek között zajló folyamatról van szó, majdan a folyamat végén alakulnak ki e normatív keretek. Először a „*normatív semmi*” van. Ahogy Derrida szemléletesen írja: „Az alapító tett erőszakos struktúrája hallgatást rejt”.<sup>184</sup> Mégpedig a jog hallgatását.

Schmittnél mindig a konkrét helyzetben dönteni tudó tényező az alkotmányozás alanya.<sup>185</sup> Definíciója szerint „[a]z alkotmányozó hatalom az a politikai akarat, amelynek hatalma vagy autoritása képes a politikai egzisztencia formájáról és jellegéről meghozni a döntést”.<sup>186</sup> Pasukanisz ugyan marxista ízű terminológiával, de a jogalkotás valóságosságából kiindulva, tehát eredményében sokkal inkább tudományosan, mintsem ideologikusan állítja ugyanezt: eszerint a jogi „felépítmény” esetén „egy normatételező autoritás [...] létét (adottságát) [kell] előfeltételezni”, azaz „a jogi felépítmény a politikum következménye”.<sup>187</sup> A schmitti koncepcióban is az állami (politikai) rend a *Verfassungsgesetz* előtt már létezik, és

<sup>179</sup> Lukács 1978, 585.

<sup>180</sup> Anter 2004, 166.

<sup>181</sup> Di Fabio 2003, 11.

<sup>182</sup> Kelsen 1968, 1977.

<sup>183</sup> Noack 1993, 307.

<sup>184</sup> Derrida 1991, 28.

<sup>185</sup> Winterhoff 2007, 128.

<sup>186</sup> Schmitt 2003, 75.

<sup>187</sup> Paschukanis 2003, 89-90.

egzisztenciális értelemben mindaddig nem történik tulajdonképpen semmi sem egy alkotmánymódosítás vagy egy új alkotmányszöveg elfogadása során, míg azok nem érintik magát a politikai összállapotot.

Az alkotmányozás alatt az alkotmány átfogó tartalmi megváltoztatását értjük. A korábbi alkotmánytörvény nem rendezheti annak kérdését, hogy mikor és hogyan megy végbe az alkotmányozás, mert az éppen a korábbi normatív keretek túllépését, egy új létállapot, s az azt fenntartó, biztosító normatív szabályozás megszületését jelenti. Azaz „egy alkotmány legitimitása nem azt jelenti, hogy egy alkotmány a korábban érvényes alkotmánytörvények szerint jött létre.”<sup>188</sup> Ezért faktuális-egzisztenciális jelenség az alkotmányozás. 1. *Faktuális*, mert nem a *Sollen*, hanem a *Sein* szférában megy végbe, s nem a korábbi *Sollen* által meghatározva, hanem tőle szabadulva, ill. 2. *egzisztenciális*, mert az állami létet, az államot mint politikai egzisztenciát, s nem csak a jogrendszert érinti.

A hatalom sem a joggal születik, hanem előtte: a ténylegesség szférájában kikristályosodó és akaratát hatékonyan érvényesíteni tudó *döntés*ben. Az alkotmányozás révén a korábbi keret (*Sollen<sub>1</sub>*) egy faktum révén megszűnik létezni, hogy a tiszta faktuális szférában (*Sein<sub>F</sub>*) megjelenő akarat megteremthesse az új létállapot új normatív keretét (*Sollen<sub>2</sub>*). Az alkotmányjog általában azt tanítja, hogy maga a fennálló alkotmány (*Sollen<sub>1</sub>*) szabályozza az alkotmányozást is, a *Sollen<sub>1</sub>*-ből a *Sollen<sub>2</sub>*-be való átlépést, megmondva, milyen többség szükségeltetik az alkotmányozásra felruházott testületben az új alkotmány elfogadásához, vagy esetleg eleve megváltoztathatatatlannak nyilvánítva bizonyos alkotmányi részeket. Eszerint az alkotmányozás a *Sollen<sub>1</sub>* keretei között lezajló folyamat lenne. E pozitivistá alkotmánytan értelmében a normatív kommunikációs csatorna, amelyben és amely által a változás végbemegy, a *Sollen<sub>1</sub>* „teremténye”, ám az új impulzusok a régi csatornában is vezethetnének ennek nyomán új eredményre. Az alkotmányozás ontológiai többletminősége így nem a kommunikációs csatorna új tartalmában, hanem azon kívül, azelőtt keresendő.

A normatív felfogás szerint az alkotmányozás azt jelenti, hogy az ilyen szándékú *input*ra a jog a maga formalizált eljárásával új alkotmány formájában válaszol (*output*), azaz az új alkotmány a korábbi jogrendszer *outputja*. Erre utal Kelsen is, amikor az érvényességi láncolatnál már-már görcsösen a normatív rendszeren belül akar maradni, azt feltételezván, hogy „[h]a [...] az alkotmány érvényességének alapjára rákérdezünk, [...] akkor esetleg egy régebbi alkotmányra bukkanunk”.<sup>189</sup> Kelsen – amint feljebb írtuk – eleve *egy normatív rendszeren belül* képes csak az érvényesség fogalmát megragadni, s ezért van szüksége a

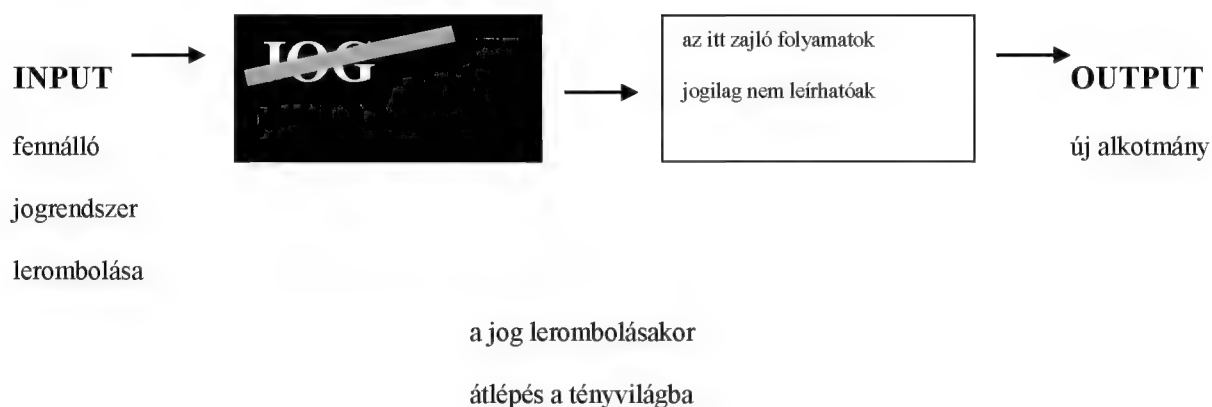
<sup>188</sup> Schmitt 2003, 88.

<sup>189</sup> Kelsen 2001, 36.

hipotetikus alpnorma fikciójára. A realista jogelmélet azonban a jog megszűntével is számol, sőt, egy tényhelyzetet tart a jogrendszer forrásának, érvényesség-indító alapjának. Tény, szigorúan jogi nézőpontból azért jelent problémát egy másik alkotmányba való átmenet, mert közben megszakad a jogi kontinuitás: lesz egy olyan pont, teoretikus időtartam, amikor a klasszikus jogtudomány fogalmai nem megfelelőek a jelenségek jellemzésére,<sup>190</sup> ekként az új alkotmány nem a korábbinak, hanem egy jogi vákuumnak az *output*-ja. (Lásd 5. ábra!)

[5. ábra]

jogszületés inputja, outputja



Nos, a kelsen-i elméletben ábrázolt *érvényesség* csak egy normális állapot jellemzője lehet<sup>191</sup> – *in statu nascendi* jogrendek azonban nem normális, hanem legfeljebb normalizálódó állapotok; így nem az érvényesség, hanem a ténylegesség jellemzi őket. Azaz a kelsen-i alkotmány-fogalom a schmitti relatív alkotmány fogalmával feleltethető meg – ez azonban, realista nézőpontból, pusztán egy előzetes rend, a politikai egzisztencia, a schmitti értelemben vett *Verfassung* normatív kerete. Mivel Kelsen csak a normatív keretre koncentrált, valóban nem tudja (nem akarja) magyarázni azt a helyzetet, amikor a normatív keret megszűnik érvényesülni (kilépés a ténytérbe), ill. amikor új rend érvényesül (a jog előzetes rendjének létrejötte).

<sup>190</sup> Lippold 2000, 250-251.

<sup>191</sup> Dias 2005, 228.



### III. 2. 3. 2. A realista koncepció sematikus ábrázolása

Az alkotmányozás realista felfogása az alábbi séma szerint írható le: a korábbi *Sollen<sub>I</sub>* szférában olyan változások mennek végbe, amelyek immár nem, vagy csak önrombolólag magyarázhatók a *Sollen<sub>I</sub>* szféra normáival, fogalmaival. Ha egy országban forradalom tör ki, akkor ugyan továbbra is érvényes a *Sollen<sub>I</sub>* – hiszen az érvényesség normatív jelenség, s nem ténylegességet jelent –, de ez a *Sollen<sub>I</sub>* képtelen lesz immár *érvényességét érvényesíteni*, vagy ha mégis, akkor a túlzott érvényesítési szándékok önromboláshoz vezetnek.<sup>192</sup> Egyrésről azért, mert maga a normatív rend is esetleg megszegi már saját normáit – tehát az érvényesítők is a faktualitás aktorai lesznek –, másrésről pedig a túlfeszített államgépezet (jogrend) és a fokozódó ellenállás tovább mélyíti az érvényesség (*Sollen<sub>I</sub>*) és a ténylegesség (*Sein<sub>F</sub>*) közti szakadékot. Ahogy Carl Schmitt írja:

„Minden norma normális helyzetet előfeltételez, és a jogi norma nem lehet érvényes egy vele szemben teljesen abnormális helyzet számára”,<sup>193</sup>

azaz a hagyományos jogi leírás értelmét veszti ilyenkor, mert a belső ellentétek olybá *intenziválódnak*, magyarul: *politikaivá válnak*, hogy a konfliktusok végét csak valamely politikai akarat politikai döntése jelentheti.<sup>194</sup> Ha azonban nem politikailag, hanem jogilag nézzük az ilyen folyamatokat, akkor az ily helyzetekben *érvényesség-kollízióról* beszélhetünk,<sup>195</sup> ugyanis ütközik egymással a jogi és a szociális érvényesség. Azt, hogy melyik fog aztán legálisan és legitim módon érvényesülni – azaz melyikben egyesül a jogi és a szociális érvényesség –, a konfliktus után lehet csak megmondani. De mi érvényesül a konfliktus alatt? Ugyebár vagy a régi jogrendszer (ugyanis az őt leváltó még nem volt képes ténylegesen, teljesen, és főleg jogi értelemben leváltani a régit), vagy a konfliktus végén győztes – mintegy visszamenő hatállyal –, vagy mindkettő, konkurálva egymással?<sup>196</sup> E vita elméleti jellegű és esetleges megoldása is hipotetikus vagy ideologikus funkciót tölthet csak be. Valójában az érvényesség-kollízió idején a folyamatokat a *Sein<sub>F</sub>* szféra belső önmozgásai határozzák meg, de a folyamatok során eleve nem is beszélhetünk *stricto sensu* érvényesség-kategóriáról, mert érvényesség csakis rendszer-szinten releváns, az valamiféle kialakultságot

<sup>192</sup> Így érthető meg az a Walter Benjamin-féle tézis, hogy a „jogmegtartó erőszak” is eleve tartalmaz belső fenyegetést a jog integritására.

<sup>193</sup> Schmitt 2002, 31.

<sup>194</sup> Schmitt 2000, 26. et passim

<sup>195</sup> Ha Bódig Mátyás Kelsen-interpretációját követjük, nem alakulhat ki ez a kollízió, ui. az érvényesség és a hatékonyság nem két, egymással akár kijátszható fogalom, hanem az érvényesség a normák létállapota, míg a hatékonyság azon tények jellemzője, amelyekhez potenciális jelentésként társul(hat)nak a normák. Bódig 2007, 203.

<sup>196</sup> Alexy 2005, 145-146.

feltételez.<sup>197</sup> A folyamatok jogisága *majdan* attól függ, hogy melyik „erőszak”<sup>198</sup> – a korábbi jogot megtartani vagy az újat létrehozni akaró – kerekedik-e felül a „kivételes állapotban”.<sup>199</sup>

Mikor születhet új *Sollen*? Értelmszerűen nem a „jogmegtartó erőszak” győzelme esetén – noha ez is egy faktuális folyamat eredménye lenne –, hanem a „jogtételező erőszak” sikerekor. Az alkotmányozás ilyenkor egy faktuális folyamat következménye. Ha sikerül egy új alkotmányt elfogadtatni a ténylegesség szféráján belül – azaz megteremthető a „homogén közvetítő közeg”<sup>200</sup> –, akkor valamilyen legitimációs aktus keretében a ténylegesség szféráján belül létezőből (új *Verfassung*) a normatív szférában érvényes jelenség (az új *Verfassung*nak formát adó *Verfassungsgesetz*) válik. Ekkor már nem a ténylegességtől, hanem az *érvényesség érvényesítésétől* függ a győztes „jogtételező erőszak” megvalósulása. Az alkotmány (*Verfassung*) születése is tehát a hatalomhoz (*Macht, Gewalt*) kapcsolható. A hatalom weberi meghatározása szerint pedig voltaképp annak *esélyét* jelenti, hogy „egy társadalmi kapcsolaton belül ellenkező törekvéssel szemben [sikerül] keresztülvinni a saját akaratot”.<sup>201</sup> Azonban ahhoz, hogy ez az esély ne holmi matematikai véletlenszerűség, hanem részben elfogadott állapot legyen, legitim indokokkal kell bírnia a hatalomnak. Mitől elfogadott (weberi értelemben legitim) az uralom? Azon októl, amely a címzetti körben mint pszichológiai azonosulás vagy legalább potenciális azonosulás felfedezhető: ez az elfogadás nyugodhat az uralom legalitásán (*legális uralom*), a fennálló hagyományokban (*tradicionális uralom*) vagy egy vezér személyes tulajdonságaiban (*karizmatikus uralom*).<sup>202</sup> Mivel a modern államban – szervezeti okokból kifolyólag is – a legitimitás alapja a legalitás, az állam a jogra támaszkodva szerveződik. Az alkotmány pedig ama előzetes rend, amely a jogi rendet rendezi.<sup>203</sup>

A ténylegességen belüli magatartásokat bizonyos kauzalitás jellemzi, mihelyt azonban kialakulnak a jogi keretek, a magatartások – immár visszamenőlegesen is – megfeleltethetők egy mintának, azaz megjelenik az érvényesség kategóriája, és a cselekedetek ekként, egy eljárási kommunikációban (az érvényesség érvényesítésével) többletjelentést nyernek. A *Sein<sub>F</sub>* szférán belüli önmozgások így sohasem a *Sollen<sub>1</sub>*, hanem – *ex post facto* – a *Sollen<sub>2</sub>*

<sup>197</sup> Heller 1983, 285.

<sup>198</sup> A német *Gewalt* kifejezése adná vissza a legpontosabban azt, amire az „erőszak” alatt gondolunk, ez ui. hatalmat, tehát eleve valami legitimit is jelent, de azon túlmutató erőszakot is; ez esetben pedig éppen nem gond, hanem megtermékenyítő a fogalmi bizonytalanság (elvégre a jelenség maga is bizonytalan).

<sup>199</sup> Herrfahrdt azonban arra a jogbiztonsági követelményre mutat rá, hogy a forradalom után – míg az új alkotmány kellőképp nem érvényesül – a korábbi írott alkotmányt kell érvényesnek tekinteni. Herrfahrdt 1970, 85.

<sup>200</sup> Schmitt 1992, 5.

<sup>201</sup> Weber 2006, 62.

<sup>202</sup> Weber 2006, 218. et passim

<sup>203</sup> Vö. Anter 2004, 161.

szemszögéből ítéltetők meg.<sup>204</sup> Minden bizonnyal egy győztes forradalom képes lesz állam- és jogelméletileg igazolni a megelőző tényleges mozgásokat, elvégre – ahogy Andrew Arató írja szellemesen – „[n]ehéz [...] elutasítani a forradalom legitimitációját, miközben az ember forradalmat hajt végre”.<sup>205; 206</sup>

### III. 2. 3. 3. A forradalom mint jogforrás?

Ha a jogi realizmusnak igaza van, akkor az alkotmány egy forradalmi helyzet, de legalábbis egy jogon kívüli állapot eredménye – azaz vizsgálatakor óhatatlanul kilépünk a jogtudomány szűken vett területéről. Ezt a tényállapotot jogilag nehezen tudjuk leírni, mivel a jog szókinccsével a jogon kívüli világot nem, vagy legalábbis nevetségességesen irreálisan tudjuk csak megragadni. A korábbi jog érzékeli ugyan, hogy valamiféle jogellenes cselekedetek zajlanak, s ezeket képes is kommunikációs csatornáján belül, bináris kódrendszerével jellemezni, de a jogellenesség hipertrófiája a jogszerű válasz, a bináris kód deformálódását és végül eltűnését eredményezi. A jogellenesség is igényel valamiféle fennmaradó, érvényesülő jogszerűséget (amivel szemben ő jogellenes lehet), így ennek az elmaradása, azaz a jogszerűség teljes érvényesítetlensége, megszűnése, eleve értelmetlenné teszi az „ez a cselekedet jogellenes” típusú kijelentéseket, hiszen – a valóságot nézve – immár nincs semmi, ami vele szemben a jogszerűség jellemzőjével bírna. A forradalomban nem csak a kezdetben jogellenes aktorok, hanem az eredetileg a jogszerűség díszruháját magukra öltő szereplők is (rendőrök, igazságszolgáltatás stb.) kilépnek tényleges cselekményeik során a jogszerűség szférájából. És ha a kommunikációs „értékduál” egyik oldala („jogszerűség”) „kiesik”, a másik („jogszerűtlenség”) értelmét veszti. Hiszen nincs már mihez képest „jogszerűnek” / „jogszerűtlennek” lenni. A forradalom nyelvezete ezért nem a jog nyelve, s mihelyt a forradalom nyelvezete határozza meg a cselekmények logikáját, önképét, önleírását, átlépünk a ténylegesség szférájába. A forradalomban, a ténylegességben tehát feloldódik, szublimálódik a jogi kommunikáció.

Az új, majdani jogi kommunikáció forrása lehet-e azonban a forradalom? Ez a jog érvényességének alapvető kérdését veti fel. Anélkül, hogy ezt a bonyolult kérdést megválaszolnánk, Radbruch nyomán felvázoljuk a lehetséges eddigi utakat, próbálkozásokat. Gustav Radbruch szerint a jog érvényességére irányuló kérdések háromféleképpen válaszolhatók meg: jogilag, ténylegesen és idealistán.

<sup>204</sup> Derrida 1991, 79.

<sup>205</sup> Arató 1999, 159.

<sup>206</sup> Az 1918-as német forradalom során hozott döntések is csak utólag váltak „jogszerűvé”, ld. Übergangsgesetz 1919, 240.

(1) A jogi érvényességtan nem lép ki a jog zárt szférájából, azaz egy norma érvényességét egy másik norma érvényességéből vezeti le. Amint azt fentebb láttuk, e zárt gondolkodás nem képes az alkotmány érvényességét megmagyarázni, vagy legalábbis – Radbruch szerint – egy feloldhatatlan *circulus vitiosus*-ba jut, amennyiben is a jogilag értelmezett államot a jogra magára, a jogot magát pedig a jogilag értelmezett államra vezeti vissza.<sup>207</sup> Kelsen elméletében egyébként is az érvényesség relatív fogalom, mert nem az egész jogrendszer érvényességét mint olyat, hanem a jogrendszer normáinak érvényességét magyarázza csak (*relativitás*), mégpedig egy másik normából levezetve (*derivativitás*). Azonban Kelsen nem mondja meg, hogy miért lenne az érvényes önmagában, amire a normát visszavezetjük,<sup>208</sup> mert annak érvényességét is egy még feljebb álló normától származtatná. Ezt nevezi Robert Alexy a jogi érvényesség „belső problémájának”. (A „külső probléma” pedig a másik kettő érvényességformához – a társadalmihoz és a morálisához – való viszonya.)<sup>209</sup> Kelsennél az a kijelentés, hogy „*N* norma érvényes”, abszolút értelemben véve, teljességgel értelmetlen, mert Kelsen az érvényességet egy zárt rendszeren belüli kapcsolatból ( $N_1 \rightarrow N_2$ ) vezeti le, miközben a rendszer egészének érvényességét nem tudja megfelelően (értsd: elméletének megfelelően) megválaszolni. De mert éppen csak a rendszeren *belül* vizsgálja az egyes részek érvényességét, nem kell kitekintenie a rendszerből, és a Sollent a Seintől teljesen függetlenítheti elmélete szempontjából (miközben ha eltekintünk a hipotetikus alapnorma fikciójától, akkor – amint az első fejezetben ábrázoltuk – valójában a „naturalista hibába” esik). A jogrendszer érvényességére irányuló kérdés megválaszolásánál óhatatlanul olyan kompromisszumokba kényszerül Kelsen, amelyek a korábbi, szigorú megkülönböztetéseket relatívvá teszik. Kénytelen ugyanis elismerni, hogy a jogrendszer egészének érvényessége, azaz az alapnorma érvényessége – a belső érvényességszármaztatási láncolatnak az alapnorma a kiindulópontja, így a rendszer érvényességének vizsgálatakor, ennek érvényességére kell „csak” fókuszálnunk – a hatékonysággal áll összefüggésben: „Az emberi magatartást szabályozó jogrend érvényessége [...] a hatékonyságtól [függ].”<sup>210</sup> A naturalista hibát elkerülő, szigorúan normativista érvényességfogalom tehát csak a rendszeren belül, a normák vonatkozásában tartható, hiszen ott nem feltétel, hogy az egyes norma érvényesüljön is, elég ha normatíve egzisztál, azaz érvényes.<sup>211; 212</sup> Hogyan áll ez az elmélet a forradalommal? Kelsen

<sup>207</sup> Radbruch 1914, 159.

<sup>208</sup> Vö. Ross 1989, 260.

<sup>209</sup> Vö. Alexy 2005, 143.

<sup>210</sup> Kelsen 2001, 39.

<sup>211</sup> Kelsen 2001, 40.

<sup>212</sup> Bódig Mátyás szerint viszont helytelen lenne az érvényesség és a hatékonyság közti párhuzam Kelsen által felismert jelenségében a kelseni tisztaság megsértését látni, ui. „[a] hatékonyságfeltétel (...) egyszerűen abból következik, hogy Kelsen szerint a normatív értelmezés bizonyos tények egyik lehetséges értelmezése. [Azaz a] jogtudós csak egy működő (azaz szociológiai értelemben hatékony) kényszerrend esetében állhat elő normatív értelmezéssel”, magyarul Kelsen

is számol a forradalom jogrendszer-teremtő jellegével. A forradalom nála is tényfolyamat, s amennyiben sikeres lesz (tehát az általa elképzelt rendet hatékonyan megszilárdítja), akkor voltaképp a hatékonyság révén az új rend válik érvényessé. Normativista terminológiával élve, a forradalom nem más, mint *új alapszabályok tételezése*, amely aztán az összes többi belső norma (alkotmány, törvény, rendelet, bírói ítélet stb.) érvényességét kiváltja. Az egész jogrendszer érvényességét viszont kénytelen a hatékonyságtól függővé tenni, ezáltal Kelsen tiszta jogtana is elismeri a sikeres forradalom jogforrási jellegét, ezzel pedig implicite az episztemológiailag kezelt és élesen szétválasztott Sein- és Sollen-szféra ontológiai egymásra utaltságát, komplexitását.<sup>213</sup>

(2) A faktikus érvényességtan egy hatalmi helyzetből, a jog tényleges érvényesüléséből következtet annak érvényességére – ahogy Radbruch írja:

„A jogtudomány nem dönthet a jogrend érvényességéről – [...] Az a jogrend érvényes, amelyik a konkuráló jogrendekkel való harcban sikeresen teremtett magának tényleges hatékonyságot...”<sup>214</sup>

Az a „jog”, amely mögött egy győztes forradalmi erő áll, válik joggá. A *Verfassung* tehát az érvényesülés megteremtését (*Verfassen*) jelenti. Radbruch azonban rámutat arra, hogy ez a megfigyelési álláspont – legalábbis szerinte – nem a jogászé, hanem a történészé és a szociológusé, mert

„a jogásznak és a jogfilozófusnak minden egyedi esetben követelnie kell a jog érvényességének bizonyítékát, és ezért nem azonosíthatja az érvényességet a hatékonysággal, a hatalommal, amellyel nem rendelkezik a jog minden egyedi esetben.”<sup>215</sup>

Ha ugyanis kizárólag szociológusként tekintenénk egy olyan társadalomra (vagy akár annak egy részére), amelyben a többség ilyen vagy olyan okokból kifolyólag bűnözésből tartja el magát, s a rendőrség képtelen ettől visszatarítani, nos, akkor ebben a társadalomban valóban az ököljog tűnhetne jognak. Holott a jog éppen akkor kell, hogy megnyilvánuljon, amikor nem engedelmesskednek neki. Ha ennek hiánya esetén a jog hiányát is megállapítanánk, akkor a jog represszív jellegét tagadnánk, s a társadalmilag elfogadott, követett jelenséget tekintenénk csak jognak. Ezért fontos, hogy az érvényesség és az érvényesülés ne mosódjék össze, azaz a jog őrizze meg a társadalmitól való különállását, hiszen – ahogy Lukács György is rámutat –

---

hatékonyságfeltétele nem a normákra vonatkozik (amelyek *csak* érvényesek), hanem a normák jelentését adó tényállásokra. Vö. Bódig 2007, 203.

<sup>213</sup> Vö. Peschka 1972, 54-55. et passim.

<sup>214</sup> Radbruch 1914, 163-164.

<sup>215</sup> Radbruch 1914, 165.

csak így biztosítható, hogy a létnek lesz mintaként szolgáló célja.<sup>216</sup> Különben az van, ami van – mindez pedig nem igényel jogtudományi elmélyülést. Míg Kelsen szerint egy jogrendszer csak a *logikai ellentmondás* („*A* legyen és *nem-A* legyen”) vethet szét,<sup>217</sup> a szociológiai elmélet szerint az ún. *teleológiai ellentét* („*A* legyen és *nem-A* van”) szintén lerombol(hat)ja. A jog viszont akkor érvényesül, amikor nem hatékony – amikor tehát *nem-A van* (azaz jogsértést követnek el) –,<sup>218</sup> s ezért pusztán a pillanatnyi hatékonytalanságból nem következtethetünk érvénytelenségére is. Ám ha nem is érvényesíttetik, tehát a jogsértésre nem is adatik jogi válasz – azaz végül tényleg *nem-A lesz* –, akkor végső soron megkérdőjeleződik az egész jogrendszer léte. A két érvényességfogalom összetársítható, amint Pokol Béla is külső és belső érvényességről beszél.<sup>219</sup> A jog belső érvényességét valóban leírhatjuk a kelseni modellel, míg a külső érvényességét a ténylegességgel, azaz az érvényesüléssel állíthatjuk párhuzamba.

(3) A filozófiai érvényességtan messzire tekint, a Sollen és a Sein valóságán túl, s azt kérdezi, hogy miért *kell* (morális értelemben, azaz a kényszeren túlmutató okokból) követni a jogot.

Nos, ha a forradalom jelenségét tekintjük, láthatjuk, hogy a jogi érvényességtanban a forradalom értelmezhetetlen kategória, amelynek legalábbis csak érvényességromboló, s nem teremtő funkciója van. A filozófiai érvényességtan kíváncsisága pedig a jog érvényességénél nem állna meg, hanem a forradalomnál is továbbkérdősködne annak legitimitása iránt, újabb szép, de cáfolható teóriák felállításával. A faktuális érvényesség-származtatás – tehát ahol a jog mint *law in action* jelenik meg – képes viszont *jogilag megragadni* a forradalmat,<sup>220</sup> tehát azt az állapotot, amikor a politikai közösség lényegéről szóló normákat már nem követik, és a közösségen belüli politikai cselekvést más események, aktorok s faktorok határozzák meg.

Lehet-e tehát akkor jogforrás a forradalom? A ténylegességből származhat-e jog? A faktuális érvényességszármaztatási tan számára nem kérdés, hogy igen, hiszen minden jog a ténylegességtől függ, s így a jog végső oka is ebben keresendő. A korábbi jogrendszerből az újba viszont nem léphetünk át a korábbi jogrendszer folyosóján (mert akkor az új jogrendszer nem lenne új, hanem a korábbiba eleve vagy lehetségszerűen „belegondolt”), hanem csak a tényzférába való kilépéssel. Ez a kilépés mint aktus ugyanúgy tény, mint a tény lezárása

<sup>216</sup> Idézi Peschka 1972, 34.

<sup>217</sup> Kelsen 2001, 17.

<sup>218</sup> A jog lényegi eleméhez tartozik a jogsértés, hiszen csak a jogsértés megléte mellett jelentkezhet a jog jogként, tehát normatív válaszként (Kelsen 2001, 16.), mert a tény- és a norma-szféra folyamatos egyezése esetén értelmét vesztené a jog jelensége, mert olyasmit parancsolna, ami egyébként is fennáll, márpedig „[n]incs értelme elrendelni azt, amiről föltehető, hogy természeti szükségszerűséggel amúgy is bekövetkezik” (Kelsen 2001, 38.).

<sup>219</sup> Vö. Pokol 2005, 243.

<sup>220</sup> Vö. Zippelius 1997, 17.

(alkotmányozó döntés), s mindkettőre, azaz a kilépésre s a kilépés lezárására is legtipikusabban forradalmi helyzetekben kerülhet sor. Ergo a forradalom (mégis) jogforrás. De csak a szociológiai jogforrás-fogalom értelmében, ahol a jog alapja (forrása) az érvényesülés (s nem a pusztá egzisztálás, azaz az érvényesség) – márpedig egy győztes forradalom *alatt és után* a nép a tényleges hatalomnak engedelmeskedik, vagy legalábbis a tényleges hatalom képes akaratát kikényszeríteni. A közjogban a tényleges hatalom és a jogi hatalom valahogy úgy viszonyul egymáshoz, mint a magánjogban a birtok és a tulajdon<sup>221</sup> – azzal a nem jelentéktelen különbséggel, hogy míg a birtok jogilag bizonyos védelmet élvezhet, s jogilag előre szabályozottan válhat tulajdonná (elbirtoklás), addig a közjogi ténylegesség a jogi hatalom oldaláról (fennálló jogrendszer) semmiféle védelemben, biztosításban nem részesül, noha idővel maga is jogilag biztosítottá válhatik, viszont az idő (hasonlóan a birtokhoz) szintén jogerősítőleg hathat (elbirtoklás).

### III. 2. 3. 4. A jog dekonstrukciója

A *Sollen*<sub>1</sub> tehát nem normatív, hanem faktuális aktus révén szűnik meg *érvényesülő érvényességgel* bírni – az érvényessége ezzel szemben sohasem szűnik meg, hiszen ahhoz a *Sollen*<sub>1</sub> szférán belüli érvénytelenítési módokat (parlament általi visszavonás stb.) kéne felhasználni. Új alkotmány – mint új egzisztencia – nem a *Sollen*<sub>1</sub> érvénytelenítésével, hanem *érvényesítetlenségével* születik, hiszen az alkotmány nem normatív, hanem tényjelenség, ezért sem születése, sem megszűnte nem kapcsolható normatív (jogi) folyamatokhoz, hanem csak a ténylegesség önmozgásaihoz. Az alkotmányban, mint a jogi felépítmény csúcsában, aztán egyesül a szociális és a normatív érvényesség-fogalom, ám *a normatív adódik a szociálisból*. Az alkotmány normatív érvényességének végső alapja tehát a *ténylegesen bekövetkezettnek* az elfogadása.<sup>222</sup> A realista ontológia szerint – ahogy Karl Olivecrona írja – „közvetlenül vagy közvetve minden alkotmány vagy háborúból, vagy forradalomból származik.”<sup>223</sup> Carl Schmitt hasonlóan ír:

„Egy alkotmány nem egy olyan normán nyugszik, amelynek helyessége lenne az [alkotmány] érvényességének alapja. [Az alkotmány] egy, a politikai valóságból származó, a módról és a saját létét meghatározó normáról szóló politikai döntésen nyugszik.”<sup>224</sup>

<sup>221</sup> Vö. Herrfahrdt 1970, 57.

<sup>222</sup> Winterhoff 2007, 144-145.

<sup>223</sup> Olivecrona 1981, 344.

<sup>224</sup> Schmitt 2003, 76. (kiemelés tőlem)

E koncepcióhoz áll közel Jacques Derrida elmélete.<sup>225</sup> Szerinte ha linearitásban nézzük a jogot, a jog forradalmi állapotból, erőszakból születik, ahol önmaga realizálja önmagát. Mert ha az új jog a régi jog talajából nőne ki, nem is lenne újszerű: legitimitása nem önmagától, hanem a régi jogtól származna. Derrida kiveszi a talajt a jog alól, mert szerinte a „jog” szöveggént bárhogy értelmezhető (nem lévén immanens objektív jelentése), időbelileg és elméletileg nézve pedig „alap-talan”, „meg-alapoz-atlan” jelenség (*a jog dekonstrukciója*),<sup>226</sup> hiszen a jogban minden – textus, kontextus, cselekvés és annak jogi értékelése – többjelentésű. Mindez azonban nem a jog tagadását eredményezi. Jacques Derrida sokat sejtető kijelentése szerint: „a dekonstrukció az igazság”.<sup>227</sup> Mit is jelenthet mindez? Nem az igazság tartalmi koncepcióját – hanem módszerét. Az igazság tehát dekonstrukció révén érhető el. Amennyiben lebontjuk a teremtett fogalmi világot, jogi mítoszokat, hiedelmeket, juthatunk el a valósághoz. A valóság – az „igazság” – azonban nem a semmi. A jogi dekonstrukció arra mutat rá, hogy ugyan a jog *nem van* – hiszen nincs valós léte, csak érvényessége, amely viszont kijelentés, de nem valóság –, ám a jognak van ontológiai környezete: oka, létrejötte, érvényesülése, amely már *van*. Ennek jelentősége főleg a voluntarizmus konzervatív kritikájában jut érvényre.

### III. 2. 3. 5. Az akarat mint az érvényesség feltétele

A jog egy érvényes és érvényesülő kényszerrend. Érvényes, azaz a Sollen-szférában egzisztál, és kötelezettséget fejez ki, amely kifejezés lehetősége nem függ a kifejezés megvalósulásától. Ám mivel a jog érvényesülő rend is, az érvényes kifejezések igénylik a megvalósulás *lehetőségét*<sup>228</sup> (ami továbbra sem jelenti, hogy magát a megvalósulást igényelnék, hiszen ez esetben érvényesség és érvényesülés egyet jelentene). Ha az érvényes akarat pusztán az akarat megfogalmazása révén érvényesülne, akkor az érvényesség és az érvényesülés egybe esne, azaz a Sollen voltaképp a Seint fogalmazná meg egy más nyelvtani szerkezetben, azt írva tehát elő kellőként, ami eleve is van. Ez esetben állíthatnánk, hogy az érvényes jog érvényesülése természetes. Mivel azonban a jogról való gondolkodás elsődleges feltétele, hogy megőrizzük az érvényesség és az érvényesülés kettőségét – ha ugyanis ez összemosódik, már nem jogról, hanem a létező mindenről (minden létezőről) beszélünk –, nem tagadhatjuk, hogy *a jog egy kényszerrend*. És e jellege nem mellékes, mert épp ezáltal fejezzük ki a jogról

<sup>225</sup> Minderről ld. Derrida 1991, 27-30., ill. 72-114.

<sup>226</sup> Derrida 1991, 30.

<sup>227</sup> Uo.

<sup>228</sup> A göttingeni Sabine Müller-Mall különbséget tesz érvényesség (*Geltung*) és normativitás (*Normativität*) között: az első a norma absztrakt lehetősége arra, hogy hatni tudjon, a második viszont maga a konkrétan kifejtett képessége arra, hogy hasson. Vö. Müller-Mall 2007, 18.



való *gondolkodhatóság* elsődleges feltételét: az érvényesség és az érvényesülés kettőségét. Miért is? Gondoljunk bele, mi lenne annak a következménye, ha azt állítanánk, hogy a jog elsődleges megkülönböztető jegye és lényege nem a kényszerben van! Egy ilyen állítás implicite két további vagylagos állításba gondolható tovább: 1. vagy a jogot teljességgel a *Sollen*-szférába utaljuk, és logikai kategóriaként kezeljük, nem is tartva fontosnak a társadalmi interaktivitását, azaz az érvényesülését (noha még a szigorú normativista Hans Kelsen is egy minimumhatékonyságot elvart azért a jogrend egészétől), 2. vagy pedig a jogot teljességgel belemossuk a valóságba, azt gondolva, hogy jogilag nézve is igaz az a fizikai törvényekre alkalmazható állítás, hogy úgyis az van, aminek lennie kell, s úgyis annak kell lennie, ami van. Azonban éppen Kelsen állapítja meg, hogy „ahogyan lehetetlen az érvényesség meghatározásánál a valóságtól elvonatkoztatnunk, éppen úgy lehetetlen az érvényességet a valósággal azonosítanunk”.<sup>229</sup> A szigorú, a jogot csak logikai összefüggéseiben kezelő normativizmus a valóságról szakítaná le a jogot; a természetjogias gondolkodás viszont azonosítaná a valósággal a jogot (a természetjog számára ugyanis a jog is csak azon *Sein* egyik eleme, amely felett a természetjog mint *Sollen* helyezkedik el<sup>230</sup>). Az eredmény mindkét esetben ugyanaz: a jog funkcionális értelmetlensége. A normativizmusnál a jog teoretikus értelmét megőrizhetné, gyakorlati értelemmel viszont épp nem bírna, hiszen kihagynánk a fogalmi meghatározásából a céljába implikált társadalmi meghatározottságot és meghatározást. A második koncepciónál viszont tudományos és gyakorlati értelmét is elveszítené a jog: tudományosan, nem elkülönülve immár, nem lenne vizsgálható, gyakorlatilag pedig szintén nem bírna autonóm értelemmel, mert egy nagyobb értelem (*Sein*) része lenne. A jog kényszerrend jellege biztosítja, hogy a jog úgy lehet érvényes és érvényesülő rend, hogy közben az érvényesség és az érvényesülés nem egymás szinonimája, hanem esetleg feltétele csak. (Azaz a jog azért van – érvényes –, hogy célja szerint alakítsa a társadalmat, tehát érvényesüljön, ám az érvényesülésről csak akkor beszélhetünk, ha van egy minta – maga az érvényes jog –, amelyhez képest lehetséges inkább vagy kevésbé érvényesülést megállapítanunk. Az érvényességnek tehát célja az érvényesülés, az érvényesülésnek pedig feltétele az érvényesség. Ha összemosódnak, a jog a célját, a jogszerűség a feltételét vesztené.) Ha tagadjuk a kényszeret, tagadjuk a jog értelmét, teleologikus, jövőre orientált és társadalmi jellegét. Mivel az érvényes jog nem eleve azonos az érvényesülővel – azaz nem mindig az *van*, aminek lennie *kell* –, így az érvényes tartalom sem eleve, hanem a kényszer, az akarat révén érvényesül.

---

<sup>229</sup> Kelsen 2001, 39.

<sup>230</sup> Peschka 1972, 33.

A jog egy érvényes és érvényesülő kényszerrend: egy olyan kellést fejez ki, amely nem immanens tulajdonsága az előírás címzettjének, és nem szükségszerű következménye az előírás feltételül szolgáló tényállásnak. Nem a jelenségek képe, hanem mintaképe.<sup>231</sup> Akik egy folyamat, egy jelenség, egy esemény immanens tulajdonságának tartják annak jogi minőségét (minősítést<sup>232</sup>), egy *Sein*ből következtetnének egy *Sollen*re. Egy jelenség jogi minősége nem azt jelenti, hogy maga a jelenség milyen, hanem hogy milyennek kell lennie. Míg a természeti törvény úgymond következik,<sup>233</sup> addig *a jog vonatkozik*. Nem kauzális, hanem teleologikus aktus. „A »kellőség« a létezőt nem önmaga alapján jellemzi, hanem egy olyan instancia alapján, ami valamit követel”.<sup>234</sup> Mivel a jog teleologikus aktus, ezért a jogkövetkezmény nem kauzálisan, hanem akaratlagosan kapcsolódik a jogilag értelmezett jelenséghez, viszonyhoz, folyamathoz, személyhez. Az absztrakt szinten mindez előremutatóan történik: kijelentve, hogy általában milyennek kell tekinteni bizonyos tényhelyzeteket, a konkrét szinten – az alkotó jogalkalmazás szintjén – viszont visszamenőlegesen állapítatják meg, hogy egy megtörtént jelenséget milyennek kell látni, ha jogilag akarjuk látni. Az alkotmányozás mint faktuális folyamat természetesen kauzális eseménysorból áll, a döntés mint *ideális Sein* „megteremti” azt a *reális Seint*, amely maga a politikai egzisztencia és azt a *Sollent*, amely a normatív keret, a tulajdonképpeni és érvényes jog.

Nos, a kellés tehát nem immanens tulajdonság, nem következik a jelenségből, a folyamatokból magából, hanem a jelenséghez, a folyamatokhoz *rendelt jelentés*. Rendelt, azaz akaratlagos, aktív tevékenységet feltételező magatartás áll az egész jogi felépítmény mögött, ahogy Achermann írja: „Ha az, aminek lennie kell, nem a létezőben és nem a létező által ismerhető fel, szüksége van autoritásra, amely a kellést tételezi”.<sup>235</sup> Nos, ezért van szükség az akaratra.

### III. 2. 3. 6. Az akarat mint az érvényesülés feltétele

A pozitívizmus számára a jog már csak megszületettségében létezik: ekként épp dinamikájában nem képes redukcionista szemléletével érzékelni. A dekonstrukcionizmus és a realizmus irodalma alapján meg úgy látszhat, a jog *ex nihilo* jön létre: oka egy akaratát

<sup>231</sup> Vö. Achermann 1955, 55.

<sup>232</sup> Már a szakirodalmi szóhasználat – minőség helyett *minősítés* – is elárulja azt, amit állítunk majdan, hogy a jog nem fennáll, nem eleve van, hanem mindig kimondatik, hozzárendelődik (hozzárendeltetik) a tényekhez.

<sup>233</sup> Éppen ezért „érvényesség” nélkül „érvényesül”.

<sup>234</sup> Achermann 1955, 30.

<sup>235</sup> Achermann 1955, 4.

megfelelően érvényesíteni képes döntésben fedezhető fel, amely döntés megteremti a letisztult állapot normatív kereteit, ekként az új politikai egzisztencia alkotmányi törvényét. Mitől függ azonban a döntés akarat-spektruma és érvényesülésének sikere? A fentiekben már kimutattuk, miért nincs normatív korlátozva a jogszületés folyamata. Az etikai normák csak a belső azonosulás esetén korlátozhatnak – de ez esetben önként vállaltan, tehát szűk értelemben véve nem is valódi (azaz *externus*) korlátként<sup>236</sup> –; jogi normák, nem létrejöve még maga az új jogrendszer, nem is léteznek, a korábbi jog pedig, elveszítve mindennemű hatékonyságát, éppen nem *alkalmas* a korlátozásra. A jogi normák elismerése esetén tagadnánk a korábbi jog érvényesületlenségét, ekként az egész alkotmányozási helyzet kialakulhatóságát. Elvégre a szuverén alkotmányozó akarat azért jelenhetett meg, mert a korábbi jogrendszer immár képtelen saját normáinak érvényt szerezni – a Sein-bázisát elvették, ellen-erőszakkal ellehetetlenítették –, ekként logikailag lehetetlen, hogy egyszerre állítsuk a korábbi jogrendszer normáinak érvényesülő és a szuverén alkotmányozó akarat aktív egyidejű létét.

Mégsem állítjuk azt, hogy az a „jogi vákuum”, amelyben a szuverén alkotmányozó akarat „akar” – azaz hat – mindentől mentes, társadalmi üres tér lenne. A korlátok azonban nem normatívok, azaz nem konstruáltak, hanem az alkotmányozás folyamatának lényegéből, céljából, az abban résztvevő alanyok alanyiságából adódnak. Mindez egyáltalán nem jelenti az akaratszabadság csökkenését, mert a determináció összeegyeztethető a szabadság jelenségével (*kompatibilitás tézise*).<sup>237</sup>

Nos, az akarat lényege, hogy általa célokat tudunk önmagunk számára meghatározni, és e célokat követni vagyunk képesek. Társadalmilag az akarat leginkább a *procedurális rutin-elmélet* segítségével írható le, ami szerint az akarat – az elmélet szerint az individuális akarat is – filogenetikai és ontogenetikai tényezőktől, azaz velünk született és megszerzett faktoroktól (determinánsoktól) függ: ezek teremtik azon belső szabályrendszert, amelynek működését kívülről célra törekvő akaratnak látjuk, holott a bennünk lévő öröklött és tanult tényezők által kialakított szabályok szerinti cselekvés történik.<sup>238</sup> Egy társadalom életében a kultúrát azonosíthatjuk ezzel az öröklött és tanult szabályrendszerrel, s ez hordozza tehát a potenciális célokat és azok elérhetőségének lehetőségét és módját.<sup>239</sup> Az elmélet kétféle cél

<sup>236</sup> Korlátnak azt tekintjük, ami a korlátozott alany akaratán kívül állóan hat a korlátozott alany cselekvési lehetőségére. Mindaz, amit azért nem teszünk meg, mert eleve nem tehetnénk meg, nem korlátozza szabadságunknak (Vö. Feinberg 1999, 20-21.) A jogi és az etikai normák – előírások lévén – ekként korlátozói a cselekvésnek, ezért állítjuk, hogy ilyenek nincsenek a jog előtti rendezés időszakában, ám például a természeti törvények, amelyek egyébként szintén áthághatatlanok egy alkotmányozás esetén, nem korlátok, mert nem előírnak egy cselekményt, hanem pusztán leírják azt, ami történik (Pauen – Roth 2008, 59-64.)

<sup>237</sup> Pauen – Roth 2008, 10., 19. et passim

<sup>238</sup> A procedurális rutin-elméletéről ld. Prinz 2008, 18.

<sup>239</sup> A kultúra egy lehetséges, vázlatos felfogásáról lásd Techet 2007, 65-66.

között tesz különbséget: a *target* olyan cél, amely érzékelhető közelségben van (egy célszalag elérése ilyen cél), a *goal* pedig olyan cél, amely nem érzékelhető az erre irányuló akarat megjelenésekor, így eléréséhez szükség van azon feltételekre, amelyek egyáltalán lehetővé teszik az akarat tárgyának percipiálhatóságát.<sup>240</sup> Állításunk szerint egy politikai egzisztencia megteremtése mint cél ilyen *goal*-célnak tekintendő, hiszen az erre vonatkozó akarat nem egy érzékelhető célra, hanem egy olyanra irányul, amelynek először úgymond meg kell jelennie. Achermann példájával élve mondhatjuk, hogy „egy házat kell építeni”, s az akarat ekkor látszólag a házra irányul – noha az még kész sincsen, így maga is egy *ideális Sein*-tartalom csak –, de a kijelentés voltaképp olyan emberi magatartásokra vonatkozik, amelyek megteremtik annak lehetőségét, hogy az „építeni kell” felszólítás tárgya már valóban egy *reális Sein*-tartalom legyen.

A politikai egzisztencia akarásának feltétele, hogy legyen egy vele találkozó, hasonló tartalmú akarat, s az elfogadás után – közvetítő közegként – jöjjön létre a normatív keret, amelyen belül a teremtő (tételező) akarat már mint megőrző akarat él tovább, célja pedig nem a *létezendő* megteremtése, hanem a percipiálhatóan *létező* megőrzése. A tételező akarat sikerének tehát feltételekre van szüksége. A feltétel okán állíthatjuk, hogy az akarat nem a semmiből hozza létre az új politikai egzisztenciát, miközben a feltételek nem előzetes korlátot jelentenek – mint a jogi vagy az etikai normák esetén –, hanem azon közeget, amelyen belül valóban az akarat nem csak megfogalmazza, de *elérheti* célját. Mindezen feltételeket hívhatjuk legitimációnak is. Vagy Peschka Vilmos kifejezését átvéve: az akarat sikerének feltétele a (majdani) jog „társadalmi bázisának” megléte. Persze az akarat tartalmát nem korlátozza ez, sőt egy megfelelően erős és hatékony erőszak e bázis ellenében is képes érvényesíteni akaratát, mert „[a]z állami kényszerrel támogatott államakarati forma [...] bármilyen társadalmi tartalmat általános érvényű jogként jelenthet ki”. Ámde Peschka mégis felhívja arra a figyelmet, hogy „a társadalmi-gazdasági feltételeknek ellentmondó, azokat ignoráló tartalmú jog előbb-utóbb végül is mindig elveszti érvényességét.”<sup>241</sup> E feltételek (determinánsok) tehát nem szűkítik az alany akaratspektrumát, pusztán sikerességét. Azaz: *az ideális Sein korlátai a reális Sein okán jelennek meg*, miközben – mivel két önálló létszféráról van szó – az *ideális Sein* önmagában nem korlátozott: bármi akarható, de nem bármi valósítható meg. Az akaratot mint *ideális Seint* nem korlátozza tartalmában semmi, ám sikere érdekében figyelembe kell vennie azt a közeget, amelyre irányul, amelyre vonatkozik. Ez nem jelenti azt, hogy a jog érvényességét a jog tartalmából vezetnénk le. A jog mint állami

<sup>240</sup> Prinz 2008, 23.

<sup>241</sup> Peschka 1972, 358-359.

kényszer és akarat nem tartalma okán érvényes, miközben érvényességének eredményét, az érvényesülést igenis meghatározzák jogon kívüli, társadalmi jelenségek. Ami a jogot (*mint Sollent*) meghatározza, nem maga is Sollen, hanem a Sein, a valóság. A jog egyszerre hat a valóságra – visszatükröződik benne –, miközben a jog maga is e valóság visszatükröződése.<sup>242</sup> A jogi pozitivizmus hibája tehát, hogy a jogot kizárólag önmagában vizsgálja, nem észrevéve a létezővel mint befogadó-alkalmazó-értelmező közeggel való ontológiai és komplex kapcsolatrendszerét, mert a két szférát szétválasztja és ismeretelméletileg kezelve, logikailag eleve is szétválasztottnak tartja. Az axiológiai gondolkodás pedig a jogot ismét nem a valósággal, hanem egy még feljebbi (vagy még mélyebbi) normával való megfeleltetésben vizsgálja, értékeli, összefüggést vélve felfedezni az érvényesség és a tartalom között. A jogi pozitivizmus számára az érvényesség ekként – amint a kelsen-i tanok elemzésénél feljebb írtuk is – egy immanens, lényegi kategória; a természetjog számára pedig egy másik érvényes (kellő) (érték)rend függvénye. A jog mindkét esetben – a pozitivizmusnál *in se*, az axiológiai koncepciónál pedig relációjában – egy absztrakt kategória marad: érvényesülése így szintén absztrakt kijelentés maradhat csak.

Az absztrakt korlátok – ön- vagy külső korlátok – esetleges hiánya a jog kapcsán mégsem jelenti egyidejűleg, hogy a jog egy korlátoktól mentes *bármi* lenne. A jog érvényessége és érvényesülése függ a jog társadalmi környezetétől. Ebben az értelemben érthetőek Peschka Vilmos találó szavai, miszerint „a jog érvényessége tulajdonképpen mint a jog tartalmának próbája, kontrollja is felfogható”.<sup>243</sup> Az a reális jogontológia, amely éppen arról szól, hogy mindenféle absztrakt kategória létét tagadva, kizárólag a folyamatok tényszerűségére figyel, nem is állíthatná azt, hogy bármi, ami a társadalmi tény-szférában, a *Sein*-ban végbemegy, minden korláttól mentes lenne, s eredményét kizárólag önmaga akarata, teremtménye határozná meg. Ez a szemléletmód éppen a normatív tanokra igaz: a normatív szférában ugyanis valóban létrehozhatóak elszigetelt gondolati aktusokkal elszigetelt világok (*Sollen*), amelyeknek úgyis egyetlen feltételnek, a normatív érvényesség attribútumának kell csak megfelelniük, s amely jellemző egyébként is egy önleírás, azaz tautologikus és *intermus* kijelentés. A jogi realizmus azonban a jogi valóságra koncentrál, annak minden bonyolult társadalmi, történeti összefüggéseivel, és amennyiben ezek között szeretne a szuverén alkotmányozó döntés sikeres, hatékony – azaz érvényesülő – lenni, sikere e környezetétől függ. *Az érvényesülés ugyanis a szuverén alkotmányozó döntés akarata, ám nem szükségszerű következménye.* Nem minden akarat képes lerombolni a korábbi jogi rendszert, hogy a

<sup>242</sup> Vö. többek között Varga 2000, 21–22. et passim.

<sup>243</sup> Peschka 1972, 359.

faktuális szférában kikristályosodó döntésével újraformálja a politikai egzisztenciát, megteremtve azt az előzetes rendet, amelynek immár normatív, pozitivált megfogalmazása, kerete, letisztázása lehet az alkotmányi törvény. Az erre irányuló akarat sikerét tehát nem kizárólag az akarat ereje határozza meg – és ezt nem etikai minimumként, pusztán történeti igazságként fogalmazhatjuk meg –, hanem az a közeg is, amelynek jogát rombolja le a szuverén alkotmányozó akarat, amely közeget formál újra, és amely közegnek ad új alkotmányt. Mert bár a jog egy akarat, s érvényesen bármi akarható, de nem hosszú távon, mert az érvényesség – mint folyamatszerű tulajdonság – csak egy elfogadott joghoz kapcsolódó attribútum.<sup>244</sup> Mindezzel nem az érvényesség és az érvényesülés közé teszünk egyenlőségjelent, tagadva netán magának a Sollennek is a létét, pusztán jelezzük, hogy – amint Peschka Vilmos írja –

„[a] jog érvényessége az állami kényszerrel biztosított *államakarati forma*, a jogban kifejeződő akarat alanyának társadalmi különössége, tehát a társadalomban uralkodó osztály és *a jog realizálódása, érvényesülése* mint komponensek állandó mozgásban, alakulásban, levésben levő relációinak *eredőjeként* áll elő”.<sup>245</sup>

Az új jog ezért nem *in abstracto* születik, ekként nem is *ex nihilo* jön létre, hanem valami eleve meglévőbe épülve bele, amely mint anyag vagy befogadja vagy sem. A szuverén alkotmányozó akarat sikere így az elfogadástól függ.<sup>246</sup> Az elfogadás voltaképp nem más, mint a normára – az akcióra – adott reakció, amely ha a normatartalommal megegyező irányú, akkor a norma érvényesülését, a normaszerinti magatartás bekövetkeztét segíti elő. Sabine Müller-Mall newtoni ihletettségű érvényesség-modelljében az érvényesség – a fizikai erővel analóg – ereje a normának, tehát az az erő, amit a norma az adott cselekedetre kifejt, s minél erősebb az érvényesség ereje, annál *valószínűbb*, hogy a cselekedet a norma szerinti lesz. Ám az érvényesség ereje – mint akció – szembetalálkozik azzal az erővel, amit pedig maga az a magatartás fejt ki, amire irányul a norma ereje. Minél erősebb a reakció – az elfogadás –, annál *biztosabb* az érvényesülés.<sup>247</sup>

<sup>244</sup> A normatétélezés folyamatának belső – ha tetszik: *pragmatikus* – kötöttségeiről lásd Campagna 2007, 40–44.

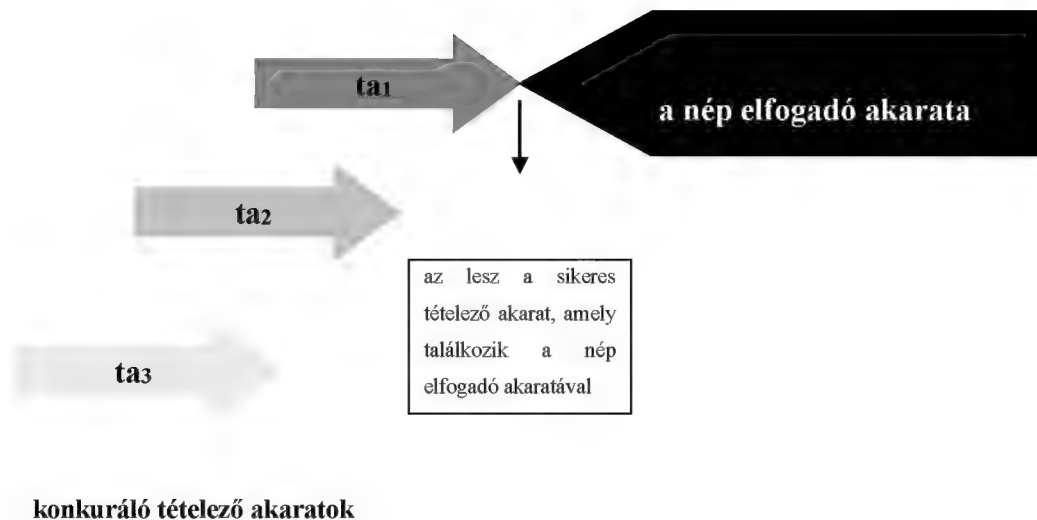
<sup>245</sup> Peschka 1972, 356.

<sup>246</sup> Vö. Winterhoff 2007, 373.

<sup>247</sup> Ld. Müller-Mall 2007, 23–25.

[6. ábra]

alkotmányozás



Mindezt úgy is megfogalmazhatjuk, hogy az érvényesülésnek legitim – elfogadott – okokra van szüksége. A legitimáció nem egy külső – jogi, metajurisztikus, erkölcsi stb. – mintának való megfelelés eredménye, hanem egy szociálpszichológiai tény. „Az alkotmány akkor legitim – azaz jogi alaprendként elismert –, ha az alkotmányozó hatalom, amelynek döntésén az alaptörvény nyugszik, maga is elismert” – írja erre utalva Petrétei József.<sup>248</sup>

Amikor a népet azonosítjuk az alkotmányozás alanyaként – amely persze nem leíró, hanem ideológikus kijelentés –, akkor sem gondolhatunk arra, hogy ez a nép – amely számosságában és heterogenitásában egységes akaratképzésre eleve képtelen – „akarna”, „döntene”, mert a nép szerepe abban jelenik meg, hogy egy nála kisebb és homogénebb csoport akaratát és döntését *elfogadja-e vagy sem*, azaz engedi-e, hogy az adott akarat tartalma érvényesüljön saját életében, vagy sem.<sup>249</sup> Igaz tehát, hogy a döntés teremti az alkotmányi állapotot – mint előzetes rendet –, de nem bármely döntés képes erre, csak az, amelyik találkozik azok akaratával (elfogadó akaratával), akikre a döntés (mint teremtő akarat) vonatkozik. A politikai

<sup>248</sup> Petrétei 2008, 131.

<sup>249</sup> Nagyon szépen fejezik ki a lett alkotmánynak a parlament (*Seima*) feloszlathatóságáról szóló rendelkezései a szuverén akaratok ilyenképpen ütközését és a nép mint elfogadó alany szerepét. A lett alkotmány 48 §-a értelmében az államfő kezdeményezheti a *Seima* feloszlatását, azzal a felfüggesztő feltétellel, hogy a döntés csak egy népszavazáson való megerősítés révén válhatik hatályossá. Ha a választópolgárok e népszavazáson a parlament feloszlatására mondanak igent, az államfői akarat érvényesül, a parlament feloszlatottnak tekintendő, s új választásokat kell tartani. Ha azonban, szól a lett alkotmány 49 §-a, a nép az államfői akarat – azaz a feloszlatás – ellen voksol, az államfő elveszti hivatalát, ekként a parlament szuverén akarata érvényesül. Az egy csárdában lévő két dudás jogelméleti feloldását és a nép mint elfogadó akarat szabályozását példázza a lett alkotmány. (Forrás: <http://www.verfassungen.eu/lv/>; az alkotmány eredeti nyelven itt olvasható: [http://www.saeima.lv/Likumdosana/likumdosana\\_satversme.html](http://www.saeima.lv/Likumdosana/likumdosana_satversme.html))

egzisztencia mint tényállapot (*Sein*, érvényesülés) ekként *több akarat egyidejű és folyamatos találkozásának* köszönheti létét.

Egyik részről van a teremtő akarat, amely megfogalmazza a céltartalmat, másik részről pedig vannak az egyéni akaratok, amelyek elfogadják – és/vagy módosítják – a céltartalmat, meghatározva a politikai egzisztencia tényleges tartalmát. Ez a politikai egzisztencia az az előzetes rend, amelynek normatív – tehát immár nem csak érvényesülő, de érvényes, ekként kikényszeríthető – kerete az alkotmányi törvény (*Verfassungsgesetz*): ez azonban szintén a tételező és az elfogadó akaratok találkozásának eredményeképp hozza létre a jogrendszert, amely pedig eleve az alkalmazó akaratok találkozásának köszönheti fennállását. (Lásd 6. ábra!)

Azaz a tételezettség születésében és alkalmazásában is egyaránt a társadalmi relációtól – azaz az akaratok találkozásától – függ. Ahogy Varga Csaba írja:

„[a] jog életét megtestesítő mozgás [...] alapvetően a társadalmi viszonyoktól indul, hogy a jogalkotás közvetítésével és az emberi, tudományos felismerés során feltárt lényegi általánosság ismeretében elérje a tipikus vonásoknak a különös szintjén történő rögzítését, hogy aztán a jogalkalmazás e különösséget ismét a társadalmi viszonyok felé fordíthassa”.<sup>250</sup>

Mihelyt akár a tételező, akár az elfogadó (alkalmazó) akarat megszűnik „akarni”, szétbomlik a normatív keret, az előzetes rend, és ismét kilépünk a tényszerűségbe, ahol aztán a megjelenő tételező akaratok közül az lesz sikeres, amelyik találkozik a jelenvaló elfogadó akaratokkal – és így tovább. Carl Schmitt ennek kapcsán „jogi feltételezésekről” beszél, amelyek a minden népnél különböző, tértől és időtől függő népszellemmel lennének azonosak<sup>251</sup> – joggá az válhatnak, amely találkozik a népben élő ilyen „feltételezésekkel”. A feltételül szolgáló feltételezések – amit rövidebben társadalmiságnak nevezhetünk – biztosítják tehát a jogtételező akarat sikerét, ezzel az új jog létrejöttét.

Milyen okokból találkozhat a teremtő (tételező) akarat a nép elfogadó akarata? A jogi magyarázatok ez esetben úgyszintén nem kielégítőek, hiszen amennyiben azt állítjuk, hogy a nép valamiféle jogtudat birtokában, az érvényes joggal azonosulva fogadja el a teremtő (tételező) akaratot, akkor voltaképp egy okozatot (a jog elfogadását) az új politikai egzisztencia létének és az új normatív keret érvényesülésének okaként kezelnénk. A nép azonban szintén a faktuális szférában tartózkodik, amikor „találkozik” a teremtő (tételező) akaratokkal, ekként az ő elfogadásának sem jogi (azaz fiktív, normatív), hanem valós (faktuális)

<sup>250</sup> Varga 2000, 21.

<sup>251</sup> Schmitt 1993, 9.



indokai vannak. A jogi leírás mindig utólagos (*ex post facto* kapcsolódik a tényekhez), s ebből következően nem következmény, hanem „*rendelmény*”, azaz a tényekhez rendelt utólagos jelentés. Ekként az a tény, hogy a nép elfogadja a teremtő (tétélező) akarat tartalmát, célját, egy tényfolyamat eredménye, azaz azonnali és történeti, nem utólagos és gondolt jellemző. A nép elfogadása által jön létre az a jogrendszer, amely immár visszamenőlegesen képes a megelőző eseménysorokat saját kommunikációs instrumentáriumával jellemezni, leírni.

Milyen indokok okán találkozhat a teremtő (tétélező) akarattal az elfogadó akarat? Miért fogadja el azt az előzetes rendet a nép, amely előzetes rend a jövő jogának – mint felépítménynek – az alapjául szolgál? A *jog követésének* indokai többfélék lehetnek: szankciótól való félelem (a racionális költség-haszon mérlegelés), társadalmi imitáció (azaz a jogkövető társak magatartásának utánzása), belső azonosulás.<sup>252</sup> Ezen indokok a jogot megalapozó állapot elfogadásánál is megjelenhetnek. Ekként az elfogadó akarat indoka néhányaknál lehet a félelem a további erőszaktól, míg mások azért fogadják el a bekövetkezettet, mert igazodnak hozzá, hasonulnak, idomulnak és követik társaik többségét, és bizonyosan vannak olyanok, akik azért fogadják el a bekövetkezett új állapotot, mert eleve és belsőleg is azonosulnak, egyetértenek vele. Egy konkrét forradalom utáni stabilizálódás, konszolidálódás idején is megfigyelhetők ezek az emberi viszonymagatartások: a félelem, az utánzás vagy az azonosulás okán történő elfogadás.

### III. 2. 4. A realista alkotmány-koncepció konzervatív kritikája

#### III. 2. 4. 1. Az önkényesség veszélye

Az eddig ismertetett dekonstruktivista ábrázolásban az alkotmányozás erőszakként jelenik meg. Sokan bírálják is ezt a decizionista, *túl reális* koncepciót, mondván, itt nem az a lényeg, *miként* döntenek, hanem maga az igény, *hogy* döntsenek. Ennek révén „az alkotmány fogalma minden értékvonatkozatottságtól megfosztódik, és az »alkotmány« immár nem jelent mást, mint [...] egy bármiért való döntést.”<sup>253</sup> Karl Löwith egyenesen „aktív nihilizmusról” beszél, azt állítva, hogy Schmitt számára az „*eldöntöttségért való döntés*” számít csak.<sup>254</sup> Mindez ugyebár annak veszélyére hív fel, hogy e koncepciónak voltaképp bármely, az adott politikai egységen belüli hatalom által létrehozott úgymond alkotmány megfelelhet. Lukács György is

<sup>252</sup> Reh binder 2003, 153-155.

<sup>253</sup> Dau-Lin 1978, 59. et passim.

<sup>254</sup> Idézi Noack 1993, 77-78.

rámutat arra, hogy a schmitti gondolatok, noha jól indulnak, mégis eredményükben „nagyon sovány, tartalom nélküli elvontság” és „irracionalis önkény” mutatkozik.<sup>255</sup>

Persze az önkényesség – épp a jogi ítélet eleve szubjektív jellege vagy az erőszak jogfenntartó szerepe okán – eleve benne van a rendszerben. Ezt fejezi ki Walter Benjamin azzal, hogy a joghoz nem csak a stabilitás (*das Bestehende*), hanem – ontológiai oka és dinamikájának biztosítója, az erőszak miatt – a fenyegetés (*das Drohende*) is hozzátartozik:<sup>256</sup> a jog bármikor képes túllépni a saját objektivitásán, hiszen annak látszata a saját nyelvezetének, intézményi struktúráinak az eredménye, de ezen látszathoz maga a jog nincs kötve. Ám mivel a jogi illúziók a jogi oktatásban is megjelennek, ezek kellőképp köthetik a majdani jogalkotót is, aki ekként úgy *hiheti*, hogy cselekvése objektív mércéktől függően, s nem az ő akaratának megfelelően jogszerű.

Schmitt persze eleve nem egy alkotmányetikát, hanem egy *deskriptív alkotmányelméletet* alkotott, amely tudományosan képes leírni az alkotmányozás valós folyamatát, de helyességét (legitimitását) nem magyarázza, hanem csak esetleg feltételezi. Bármely remélt alkotmányos korlát tudományosan nem lesz igazolható az alkotmányelmélet által.<sup>257</sup> Ám mivel 1. a jog egy állandó közösségi töprengés, bízni tudunk abban, hogy eredménye sem lesz a közösség érdekeivel ellentétes, ill. 2. a jognak mint formának – önmaga érvényesülhetése érdekében – tiszteletben kell tartania a formálandó „anyag” immanens sajátságát, így egy közösségellenes, a politikai egzisztencia lényegszerűségével, érdekeivel ellentétes konstrukció nem tudna alkotmányként funkcionálni. Azaz a realista koncepció nem a természetjog klasszikus vonulatával, hanem épp annak modern, abszolút és axiomatikus változataival (*Vermunftrecht*, posztmodern emberi jogok tana stb.) áll szemben, hiszen a klasszikus természetjog számára is egyértelmű volt, hogy a követelmények nem tőlünk függetlenül vannak, hanem a konkrét helyzetből származottan.<sup>258</sup> Schmitt kapcsán sokan nem veszik észre, hogy elmélete nem a steril decizionizmusé, hanem – az V. fejezetben részletesen bemutatandó – *konkrét rendé*, amely rendnek megvannak azon önszerűségei, amelyek meghatározzák eszközeit, így alkotmányát is.<sup>259</sup> Akik bírálják Schmittet, úgy feltételezik, a jogból levezethető egy koherens értékcharta: ezek lennének az ún. alapjogok. Ám valójában az alapjogok azt kívánják megalkotni, logikai rendszerré szervezni, amelyet korábban pozitívalni lettek volna

<sup>255</sup> Lukács 1978, 590.

<sup>256</sup> Vö. Benjamin 1965, 42.

<sup>257</sup> Winterhoff 2007, 87-88.

<sup>258</sup> Minderről Frivaldszky 2007, 97. et passim.

<sup>259</sup> Vö. Schmitt 1993, 11. et passim

csak hivatottak.<sup>260</sup> A társadalom értékei nem a jogból származnak, hanem együttélésünk *hic et nunc* sajátzerűségeiből, amelyeket – a kényszeríthetőség okán – a pozitív jog megjeleníthet, de amelynek tartalmát nem a jog hivatott meghatározni. Egy kiegyensúlyozott jogi szemlélet elfogadja az erkölcstelen szerződési feltétel semmisségét, de nem kívánná jogilag taxonomizálni az erkölcs fogalmát – hiszen ennek eredményeképp az *erkölcsi* mint olyan szűnne meg erkölcsinek lenni, jogi fogalommmá válva.<sup>261</sup>

### III. 2. 4. 2. Az idő dialektikája

Ha a jog nem csak a mindenkori adandó válasz, amely erőszakkal születik és érvényesül, hanem környezete is van, amely eleve meghatározza az *adhatóság* határait,<sup>262</sup> akkor pusztán erőszakkal nem váltható le a jog – legalábbis csak a formális szinten lehet valós a diszkontinuitás, a delegitimitás; az informális mezőben kontinuitás valósul meg, és az új jog legitimitása sem csak *narrative*, de *ténylegesen is visszanyúl a megszületés idejébe*. Hiszen az új jog jelentését sem önmagában hordozza, hanem egy jelentésadó környezettől nyeri, s ez a környezet adta a korábbi jog kontextusát is: „az, ami volt, és az, ami alakul, szétbogozhatatlanul összefonódik”.<sup>263</sup> A jogváltás egy össztársadalmi kommunikáció, amelynek csak akkor van értelme, ha a beszélgetés fázisai között szemantikai és konvencionális kapcsolat is fennáll. Ahogy Marc Bloch írja:

„minden beszélgetésben [...] a megfigyelt kijelentéseknek és cselekedeteknek is kapcsolódniuk kell mind *szemantikailag*, mind pedig a közös kommunikatív konvenciókat, például a szavakat és a mondattant illetően azokhoz a kijelentésekhez és cselekedetekhez, amelyek megelőzték őket, és a jelen nem értelmezhető a múlttól függetlenül”.<sup>264</sup>

Ez utóbbi *a contrario* azt jelenti, hogy a múlt nem függetleníthető a jelentől. A jogi kultúra korlátja a formális jogi cselekvésnek: meghatározza a formális cselekvés eredményét. Ahogy François Ost írja, kiszakadhatunk hát egy tradícióból, de *a* tradícióból nem.<sup>265</sup> A jog születését, az új intézményesedését sem egy megelőző nihil jellemzi, hanem a létező rekompozíciója.<sup>266</sup> Mivel minden jog mögött valami szociabilitás, a legitim biztonságra és konszenzusra

<sup>260</sup> Di Fabio 2003, 72.

<sup>261</sup> Varga 2007, 210.

<sup>262</sup> Karácsony András egyenesen a lehetségességgel azonosítja a jogi kultúrát: ez határozná meg az éppen *adandó* válasz mellett, hogy mi *adható*, vö. Karácsony 2002.

<sup>263</sup> Varga 1992, 68.

<sup>264</sup> Bloch 2000, 115.

<sup>265</sup> Ost 1999, 125.

<sup>266</sup> Ost 1999, 60-61.

vágyódás húzódik meg – elvégre ezek biztosítása a jog feladata –, a határhelyzetekben nem a pusztító szándék, hanem a régi jognál is megvolt, de idővel elfeledett előfeltételek jönnek elő, és formálják újra magukat az új jogban. Ekként a jövő joga nem a múlt tagadása, hanem az abba való újszerű *illeszkedés*. Ugyanezen az alapon tagadja Marie-Françoise Rigaux is, hogy az alkotmány egy jogrendszer kizárólagos kezdő aktusa lenne, mert szerinte a jog nem egy zárt rendszer, hanem a 20. századi episztemológiai felismerések nyomán (Kurt Gödel, Alfred Tarski) szintén tartalmaz meghatározatlan elemeket. Ergo a rendszer nem axiomatikus, illetve nincs abszolút kezdőpontja, hanem eleve egy meglévőbe épül bele.<sup>267</sup> Ez biztosítja a megszületett új jog legitimitását, elfogadottságát. Az alkotmányozáskor ezért – azon túl, hogy vannak objektíve átléphetetlen korlátok (időbeli vagy földrajzi szükségszerűségek) – más jellegű immanens korlátok is léteznek.<sup>268</sup> Az új jog előtt zajlik a múlt és a jövő közötti – François Ost kifejezésével élve – „jövés-menés”.<sup>269</sup> Derrida is elismeri, hogy az új jogot megalapozó döntés ugyan szerinte nem tartozik semmiféle történeti-időbeli folytonossághoz, de – és itt jön a lényeg – *mégis ebben* játszódik le a születés: mert a régi jog formáit rombolja le, feszíti szét.<sup>270</sup> Azaz az alapítás egyszerre egy hagyományba (valami meglévőbe) épül bele, miközben az újszerűség lényege – amit Derrida az ígérettel azonosít<sup>271</sup> – e meglévőt formálja újra, alakítja át.<sup>272</sup> Mindez az intézményesedő és az intézményesedett idő dialektikáját mutatja: az intézményesedő idő az intézményesedett idő formáiban jelenik meg (*jogi és fizikális idő kettősége*). Ahogy Karácsony András megfogalmazza: míg a struktúrák – így a jog is – az időt reverzibilisen rögzítik, addig a folyamatok ideje irreverzibilis.<sup>273</sup>

A jogszületés ezek metszéspontjában helyezhető el, s az egész jogi életet áthatja ez a kettőség. A fizikális (valós, történeti) idő *van*, a jogi idő *kell*: a létező átformálásával alakítja ki azt, ami az átformáláskor még csak mint *kell* létezik, de sikere esetén maga is létezővé válik: tehát *lesz*. Az új jog alakulásakor a fizikális, történeti idő *van*, a jogi idő pedig *kell és lesz*. A jogász úgy alakítja a jövőt, hogy a múltból örökölt formákat használja fel intézményesítő céljaihoz.<sup>274</sup> Az intézményesedés intézményekkel és intézményekben zajlik:<sup>275</sup> eredménye a *létező átalakulása*. A teljes jogi diszkontinuitás így nem lehetséges. Az a gondolkodás, amely

<sup>267</sup> Ld. Rigaux 2000, 396-399.

<sup>268</sup> Vö. Ehmke 1953, 87.

<sup>269</sup> Ost 1999, 61-62.

<sup>270</sup> Derrida 1991, 87.

<sup>271</sup> Derrida 1991, 83.

<sup>272</sup> Ost 1999, 62-63.

<sup>273</sup> Karácsony 1988, 59.

<sup>274</sup> Ost 1999, 180-181.

<sup>275</sup> Az intézményekről ld. az V. Fejezetet.

a jövőben tiszta ígéretet lát, és a múltat levetné, *uchronisztikus*.<sup>276</sup> A zárt múlt és a nyitott, kiteljesedő (kiteljesítendő) jövő képe eszkatológikus, biblikus időképre vall; ennek szekularizált változata a modernkori haladás-mánia. A modern utópisztikus gondolkodásnál a jövő nem csak kiteljesítettetik (*valahogy*), hanem kiteljesedik (*mindenképp* valahogy). Az utópia így mindig jelenellenes.<sup>277</sup>

### III. 2. 4. 3. Az előzetes rend mint feltétel és a homogenitás mint következmény

A tételező (teremtő) akarat nem pusztán saját erejéből, hanem az elfogadó akarat által tudja megteremteni azon létállapotot, amelynek normatív kerete az alkotmányi törvény. A tételező akarat – a jogtételező erőszak – ereje és legitimitása okán képes rendet teremteni a maga okozta, a korábbi jog lerombolása miatt keletkezett káoszban. Ez a rend még nem jogi rend, hanem önmagában vett rend, *ordo*. Nem érvényes, de nem is érvényesülő, hanem *létező* állapot. Ennek keretként, hogy immár a rend érvényes – így kikényszeríthető – és érvényesülő – így követett – (jogi) rend legyen, van szükség az alkotmányi törvényre, amelynek léte – (norma lévén) érvényessége – szintén az elfogadó akarattól függ. És a létrejött érvényes rend (a jogrend) érvényesülését is minden szinten az akaratok találkozása eredményezi. Azonban a jogtételező erőszak sem képes pusztán a nyers erő révén rendet teremteni. Fentebb ezt a *folyamat-immanens* korlátot, az intézményesedés dialektikáját vizsgáltuk: a jog egy *már meglévőbe* épül bele, azt alakítja, formálja, rombolja, de nem a semmiből építkezik, hanem adott térben, adott időben, adott anyagból alkotja meg saját rendjét. Maga *az alkotmányi törvény tehát egy már létező rend jogiasítása*; ez a rend az alkotmányozás előfeltétele, ugyanis biztosítja azon környezetet, amely jogilag ugyan nem megfogalmazható, de amely nélkül nincs sikeres alkotmányozás, jogtételezés. Ahogy Petrétei

<sup>276</sup> Az *uchronizmus* nem idegen a jogpozitivizmustól sem: Ost szerint a pozitivizmus törvényre, normatívra redukált jogszemlélete azt sugallja, hogy a kiadott, elkészült jognak azonnal érvényesülnie kell, és nem veszi figyelembe az időtényezőt. Nos, a pozitivizmus a múlt időt túl statikusnak látja, a jövőt viszont túl dinamikusnak (vö. Ost 1999, 164.): a múltban semmi nem történhet újra, az lezárt, kész, befejezett (perfekt). Pedig néha szükség lenne egy szerződés utólagos (visszamenőleges hatályú) módosítására, elkerülendő, hogy valamely fél csődbe menjen. De hazai példát is említhetünk a pozitivizmus perfekt múltképehez: amikor a magyar Alkotmánybíróság az ún. elévülési határozatában (11/1992 AB hat.) a jogi időt a fizikális idő keménységével, alternatívátlanágával ruházta fel, kijelentve, hogy ha egyszer eltelt az elévülési idő, akkor kész, befejezett, újra meg nem nyílható időről van szó, szintén statikusan kezelte az időt. A pozitivizmus múltideje tehát a fizikális idő múltideje: ha egyszer az elévülési idő ennyi és ennyi, és némi számolgatás után megállapíthatjuk, hogy ez az idő már eltelt, akkor semmiféle egyéb jogi érdek nem igazolhatja azt az állítást, hogy az elévülési idő nem a fizikaival együtt telik. A pozitivizmus jövőideje viszont épp ellenkezőleg túlzottan dinamikus, itt nem a fizikai idő behatároltsága, hanem a jogi idő szabadsága, a jogi tervezés absztrakt bármit-akarhatása érvényesül. Valójában azonban nem csak a jövő, de a múlt is kontingens. (Vö. Karácsony 1988, 60.)

<sup>277</sup> Minderről Stexhe 2000, 29-30.

József írja: „Az *alkotmány megalkotása érdekében* ugyanis *először* a szükségszerűen megkövetelt *cselekvési- és hatásgyakorló egységet kell előállítani*.<sup>278</sup>

Mindezt értelmezhetjük úgy, hogy létre kell jönnie annak a *homogén közegnek*, amelyet Carl Schmitt az alkotmány feltételeként tekint: szerinte ugyanis a jog egy homogén kultúra konkrét eszköze (*konkrete Ordnungsdenken*).<sup>279</sup> Ez a homogenitás persze nem szükségszerűen tartalmi, hanem eljárásilag is értelmezhető: azaz azt is jelenti, hogy kialakulnak azok a közvetítő csatornák, amelyek révén az antagonisztikus ellentétek agonisztikussá mérséklődve biztosítják a továbbiakban is a *politikailag heterogén, ám mégis egységes* társadalom kialakulását. Schmitt homályos fogalmaiból (identitás, szubsztantív azonosság, egyenlőség, nép stb.) mindazonáltal nem derül ki egészen egyértelműen, hogy a homogenitás a belső viták teljes eltűnését és egy mindenben homogén közösség létét jelenti, vagy kizárólag arra utal, hogy az államon belül mindenki azonos, és azonos módon fogadja el az államot magát, nem zárva ki a politikai viták folytathatóságát. Chantal Mouffe baloldali filozófusnő ebbe az irányba gondolja tovább a schmitti elveket: szerinte a homogenitás voltaképp azt a „közös szimbolikus teret” jelenti,<sup>280</sup> amely biztosítja a viták eljárását, de további politikai karakterét is, hiszen a politikai vita nem eltűnik, hanem csak mérséklődik az államiságon belül.<sup>281</sup> Mindez tehát azt jelenti, hogy a teremtet (tétélező) akarat és az elfogadó akarat találkozásaként megszületett rend – éppen az elfogadás indokainak eltérősége okán is – nem egy tartalmi homogenitást eredményez, hanem olyan homogén kereteket, amelyeket elfogad a nép, és amely nép ezen elfogadás által válik *azonossá*, azaz a közösség teljes jogú részévé. Mindez azonban nem eredményezi a népben meglévő ellentétek megszűnését, pusztán új kommunikációs csatornáknak való megfogalmazását, s ekként kezelhetőségét.

A jog egy társadalmi kommunikáció. A schmitti elméletben a politikai kommunikáció az elsődleges, mert bármilyen ellentét politikaivá intenziválódhat. A homogén közösség léte kizárja a maximális intenziválódás lehetőségét – az ugyanis szétverné az ellentéteivel a közösséget –, így a politikai ellentétek kommunikációja immár nem elsődleges és totális, hanem a politikai kommunikáció a többi társadalmi alrendszer kommunikációja mellett az egyik lehetséges társadalmi kommunikációs csatorna, miközben, genezisének nézve, valóban elsődlegesebb és fontosabb náluk. A népben megjelenő ellentétek így már nem csak politikailag, hanem más részrendszerek (jog, esztétika stb.) kommunikációs csatornájában is artikulálódhatnak, miközben ez eleve mérsékli (esetleg fel is számolja) a politikai ellentétek

<sup>278</sup> Petrétei 2008, 128. (kiemelések eredetiben)

<sup>279</sup> Schmitt 1993, 11. et passim.

<sup>280</sup> Ez tekintendő a schmitti „homogén közvetítő közeg” mouffe-i megfelelőjének.

<sup>281</sup> Mouffe 2007, 29-30 (A mouffe-i koncepció ismertetését és kritikáját ld. Techet 2008, 265-275.)

lehetőségét. A politikai kommunikációt az különbözteti meg a jogi kommunikációtól, hogy a politikai kommunikáció 1. a közösség létrejötte előtt is létezik, és pedig 2. éppen akkor létezik teljesen, mert a közösség létrejötte után a politikai ellentétek agonisztikussá mérséklődnek, így azok újbóli maximális intenziválódása immár szétvetné a közösségi politikai kommunikáció csatornáit, s ismét új teremő (tétélező) akaratok konkurálását eredményezné. Ezzel szemben a jogi kommunikáció a normatív keret – az alkotmányi törvény – létrehozatalával jön létre, azaz csak egy közösségen belül, és ott is mint eszközintézmény bír értelemmel s léttel.

A jog egy rend eszköze, a rendet azonban nem a jog teremti, hanem az elfogadás. A normának ugyanis – Schmit kifejezésével élve – „homogén közvetítő közegre van szüksége”.<sup>282</sup> A homogén közvetítő közeg alakul ki az elfogadás által: ez az a rend, amelyen belül aztán megjelenik a jogi kommunikáció is. Ám „[n]incs olyan jogi norma, amely a káoszra alkalmazható lenne”,<sup>283</sup> így a korábbi jog lerombolása okán előállt káosz (*Sein<sub>F</sub>*) sem normák tétélezésével válik rendezetté, hanem egy döntés révén. Mind a teremő (tétélező) akarat, mind az elfogadó akarat *döntésként* jelenik meg. Ez a döntés teremti meg azon előfeltételeket, amelyekre épül a jog. „Ahhoz, hogy értelmet nyerjen a jogrend, előbb a rendet kell helyre állítani”.<sup>284</sup> Ez a helyreállítás – vagy korábbi rend hiánya esetén: állítás – zajlik a döntés (teremő akarat) és az elfogadó akarat találkozásában.

A jog létének sajátossága – amint Ernst-Wolfgang Böckenförde írja –, hogy célját olyan feltételek mellett (között) tudja csak megvalósítani, amely feltételekről nem diszponálhat. Másképp megfogalmazva: *az állam olyan feltételek között működik, amely feltételeket maga nem tudja garantálni*.<sup>285</sup> A jognak és az államnak is feltétele egy előzetes rend, de eme előzetes rend nem a jog vagy az állam alkotása.

---

<sup>282</sup> Schmitt 1992, 5.

<sup>283</sup> Uo.

<sup>284</sup> Uo.

<sup>285</sup> Böckenförde a modern, szekuláris állam kapcsán fogalmazza meg mindezt ismert aforizmájában: „A liberális, szekuláris állam olyan feltételekből él, amelyeket nem tud magának garantálni.” (Böckenförde 1976, 42.)

### III. 3. Az akarat szerepe a jogérvényesülésben

#### III. 3. 1. A jogrendszer dinamikus szemlélete

##### III. 3. 1. 1. *Sein és Sollen*

A jogontológia két alapvető kategóriája a *Sein* és a *Sollen*. Azt már láttuk, hogy ezek nem szükségszerűen egymás ellentétei – a *Sein* ugyanis lehet a *Sollent* magába foglaló egész is –; ám ha el is fogadjuk a duális képet (*Sein / Sollen*), az ontológiában mindenképp ezek egymásra utaltságát kell észrevennünk: az alkotmányontológiai fejtegetések erre utaltak. Ugyan Kelsen alapállítása, hogy a két szféra egymástól elkülönült, mert logikailag nem lehet az egyikből a másikra következtetni – hiszen a zárótételben nem szerepelhet olyan terminus (*Sein*), amely a premisszában (*Sollen*) nem volt eleve adott –, logikailag tényleg igaz, de sem a jog születésére (alkotmány), sem megszűntére (forradalom), sem érvényesülésére (végrehajtás) nem szolgál magyarázó erővel. Hiszen ha logikailag nem lehet a *Sein*ből levezetni a *Sollent* – és fordítva –, akkor nem tudjuk megmondani, *hogy miért s honnan* jön létre a jog ( $SEIN \rightarrow SOLLEN$ ), ill. *miért s hogyan* valósul meg ( $SOLLEN \rightarrow SEIN$ ). Azaz a *Sein* és a *Sollen* szembeállítás logikailag igaz lehet, de ha jogilag kezeljük e két fogalmat, csak úgy lehet igaz, ha az egyébként ontológiai kapcsolatukból, helytelenül, episztemológiaiit csinálunk.<sup>286</sup> A jog nem eleve adott, hanem születik, alakul, mégpedig nem önmaga, hanem külső tényezők által meghatározottan. Vagyis: a *Sollen* nem magyarázható csak a *Sollemel*, mert mind születésében, mind érvényesülésében a társadalmiasság (*Sein*) figyelembe veendő. Az akarat (*Wollen*) a jogrendszer mozgatórugója: ez köti össze a *Seint* a *Sollemel* a jog születésekor, és a *Sollent* a *Seimmel* a jog érvényesítésekor. Kelsen terminussal szólva: a joglépcsőnek mind a legfelső, mind a legalsó fokán az akarat található, ami nélkül – amint egy normatív elmélet eleve is csak erre képes<sup>287</sup> – a jogrendszer statikus pillanatfelvételét tudnánk elemezni, de nem tudnánk valóságában – azaz *dinamikájában* – megragadni. (Lásd 7. ábra!)

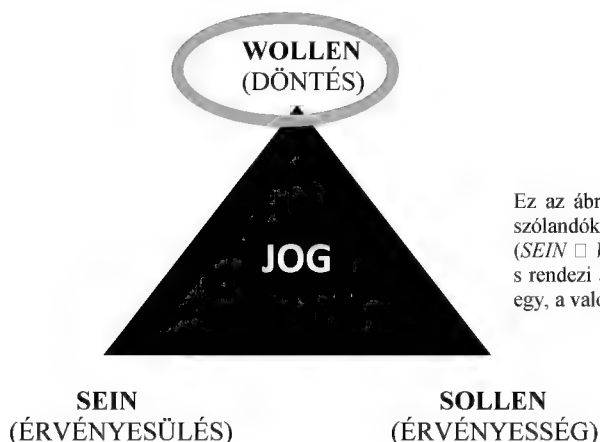
<sup>286</sup> Minderről ld. Peschka 1972, 39-56 et passim.

<sup>287</sup> Moór 2006, 128.



[7. ábra]

Sein – Sollen - Wollen



Ez az ábra röviden a jogkeletkezést is megmagyarázza, tehát mindazt, amiről szólandók vagyunk e dolgozatban. A norma egy jog előtti akarat révén születik. (*SEIN* □ *WOLLEN* □ *SOLLEN*) És ez a norma szintén az akarat által hat vissza, s rendezi a valóságot. (*SOLLEN* □ *WOLLEN* □ *SEIN*) Megszűnése pedig ismét egy, a valóságból kiinduló akarat eredménye (*SEIN* □ *WOLLEN* □ *SOLLEN*).

Az alábbiakban azt bizonyítjuk, hogy a jog nem szabályok statikus halmaza, hanem *a jog szabályokból és döntésekből áll*: míg az előbbi az általánosságot s a biztonságot, addig az utóbbi a különöset s a dinamikát biztosítja. Jerome Frank kifejezésével élve: a jog „dinamikus biztonságát” adja a döntés.<sup>288</sup>

### III. 3. 1. 2. A teremtő akarat

A jogrendszer önideológiája szerint egy zárt, statikus, dezanropomorf rendszer,<sup>289</sup> amelyből minden objektív szükségszerűséggel adódna. Ám a *Sollen*-tételek közötti kvázi-kauzalitást az akarat, az emberi szándék biztosítja.<sup>290</sup> Ahogy Lukács György szemléletesen írja:

„Hogy kétszer kettő négy, az a tudatunktól független igazság; az azonban, hogy egy bűncselekményre öt vagy tíz évi fogházat szabnak-e ki, nem a jogi tétel belső tartalmától függ, hanem attól, hogy az arra illetékes hatóság, bíróság, szerv így vagy úgy döntött-e; de annak jellegét, összetételét, stb. eleve politikai-társadalmi szempontok határozzák meg”.<sup>291</sup>

A döntés a jogtalálás, a jogalkotás, s nem a jogmegvalósítás eszköze.<sup>292</sup> Helytelen az a koncepció is, hogy a döntés csak a bírói jogalkalmazással azonosíttatik, hiszen problémákat más döntéssel (pl. tudományos döntéssel) is megoldhatunk. De jogi ügyek milliói oldódnak

<sup>288</sup> Frank 2006, 24.

<sup>289</sup> Varga 1992, 55.

<sup>290</sup> Varga 1992, 82-86.

<sup>291</sup> Lukács 1978, 585.

<sup>292</sup> Isay 1929, 16.

meg a hétköznapi élet döntései által, anélkül hogy azok a bíróság elé kerülnének.<sup>293</sup> (Amikor nem megyünk át a pirosban a Rákóczi úton, szintén jogilag releváns döntést hozunk.)

Maga a jog is a döntésben jelenik meg. A döntések által, a döntésekben válik valósággá a fiktív és hipotetikus normatartalom. Petrazicky példáját idézve: az a mondat, hogy „Zeusz az istenek királya” nem attól lesz „valósággá”, hogy egy archeológus ténylegesen elmegy az Olümposzhoz, ellenőrizendő e kijelentés tényszerűségét, hanem azon belátás által, hogy az ilyen kijelentések (ítéletek) alanya nem a valóságban, hanem csak a kijelentés által létezik.<sup>294</sup> Gondolatunkkal (*norma*) világokat teremthetünk, s akaratunkkal (*döntés*) valósággá is tehetjük őket. Ahogy Jung írja: „A világ nem csak önmagában létezik, hanem olyan is, amilyenek én látom.”<sup>295</sup>

A szabály és a döntés *egyaránt jogi norma*: e koncepció leginkább éppen a kelsen-i joglépcsőtanban mutatkozik meg, ahol a jog legalsó szintje maga a konkrét döntés, amely nem pusztán jogalkalmazás, hanem jogalkotás is, hiszen Kelsen e két fogalom szétválasztását elrelativizálja, elméletében ugyanis az egyes szintek egyszerre valósítanak meg – felülről nézve – jogalkalmazást és – alulról nézve – jogalkotást. Azonban nem csak a joglépcső legalsó fokán, de a születés pillanatában és az egész érvényesülés alatt az akarat játssza a főszerepet; mindez a kelsen-i elméletből is kiolvasható, hiszen nála a konkrét döntés szintén a normahierarchia része – ekként norma –, a normákról meg kijelenti, hogy azok „csak akaratból származhatnak”.<sup>296</sup> A valóság is ekként az akaratlagos alkalmazás révén válik *ex post facto* jogilag relevánssá, hiszen a jogban – ellentétben a morálfilozófiával, ahol a bűn szükségszerű következménye a büntetés – a jogi tényállás csak azáltal jogi tényállás, hogy hozzárendeltünk egy következményt. Visszamenőlegesen a jogalkalmazás „alkotja” a (jogi) tényállásokat,<sup>297</sup> ui. a következmény alkalmazása nélkül azok pusztán Sein-jelenségek maradnának.<sup>298</sup> Mindezzel nem azt állítjuk, hogy a jog megszűnne abban az esetben, ha egy „*A legyen*” típusú állítás mellett „*nem-A van*” – hiszen éppen ez az ellentmondás eredményezi az érvényes jog létét, mert ha mindig az lenne, ami elő van írva, nem kéne jog, s pláne nem lenne szükség az érvényesség kategóriájára –, ám amennyiben hosszabb távon és nagy számban is „*nem-A lesz*” – azaz hatékonytalan a „*nem-A*”-val szembeni „*A legyen*” kitétel –, valóban értelmét – érvényesülhetőségét – veszti a jogrend; ez történik a ténytérbe való kilépésnél is. A jog érvényességének és érvényesülésének feltétele tehát, hogy a jog minta –

<sup>293</sup> Baumann 1991, 62.

<sup>294</sup> Petrazicky 1907, 36.

<sup>295</sup> Jung 2006, 88.

<sup>296</sup> Kelsen 2005, 47.

<sup>297</sup> Ezt nevezi Varga Csaba a proceduralitás konstitutivitásának; vö. Varga 2003, 125-127.

<sup>298</sup> Kelsen 2001, 12-14.

azaz nem szükségszerűen létező adottság – legyen, de e minta – épp lényegében foglalt célja okán – igényli a hatás, az érvényesülés lehetőségét, ami pedig az akarat eredménye. Az emberi (akarati) tényező tehát nélkülözhetetlen a joghoz. Ahogy Carl Schmitt írja:

„egy törvény nem képes önmagát alkalmazni, kezelni, végrehajtani; nem is tudja önmaga [...] megnevezni és kinevezni azon személyeket, akik [a jogot] értelmezni és kezelni kötelesek.”<sup>299</sup>

Hosszú ideig uralkodott ama ideológia, hogy a jogi norma már megalkottatásával valósággá vált.<sup>300</sup> A norma érvényesüléséhez azonban számos normán túli feltételnek teljesülnie kell: a jogalanyoknak ismerniük és önként alkalmazniuk kell a jogot; ennek elmaradása esetén az arra hivatott szervnek fel kell lépnie a jogsértés ellen és a jogi normában meghatározott következményt alkalmaznia kell, akár kényszer útján is. Mindezen cselekmények nem az érvényességgel, hanem az érvényesítéssel, azaz az akarral állnak összefüggésben: ergo *csak a jogalanyok akarata révén* válhat a halott betűkből valóság. Fontos látni azonban, hogy a mindenkori jog nem egy puszta akarat, hanem legitim, elfogadott akarat. Az elfogadottság azonban annyit jelent csak, hogy valamilyen okból megvan az esélye arra, hogy a jogot kövessék a címzettek. Ennek hangsúlyozása azért fontos, mert ha teljesen a puszta akaratra hagyatkoznánk a jog leírásakor, egy adóbehajtó és egy rabló szava között nem is találhatnánk normative különbséget,<sup>301</sup> és végül a köztük lévő tényleges erőkülönbség döntené csak el, melyiket is kövessük. Ezért nem lehet a jog *teljesen* a valóság tükörképe, illetve ezért – a jog objektív megkülönböztető jegyeként – van szükség az érvényesség posztulátumára.<sup>302</sup> Mert ha esetleg nem is mindig érvényesül az adóbehajtó akarata – miközben egy bankrabló meg esetleg megvalósítja akaratát –, a lényegi különbség, hogy az adóbehajtó felszólítása akkor is érvényes, ha egyébként nem érvényesülne, míg a bankrabló felszólítása akkor sem érvényes, ha akarata „érvényesülne” (azaz megvalósulna).

<sup>299</sup> Schmitt 1993, 14.

<sup>300</sup> Künigler 1971, 172-173.

<sup>301</sup> Kelsen 1968a, 1422.

<sup>302</sup> Ahhoz, hogy a jogi alrendszer lényegét – az elvárások kontrafaktuális stabilizálását – biztosítani tudja, szükséges, hogy a bináris kommunikáció mentén intézményesedjék. A jog intézményesedésének központi fogalma az érvényesség kategóriája; ez a kiválasztási elv. A 'jogszerű – jogszerűtlen' binaritása kialakítja a kommunikációt, de ez a kommunikáció csak a megfelelő eszközintézmények és a megfelelő – immár belülről nézve célokként megjelenő – működési mechanizmusok révén válhat hatásossá. Ennek érdekében egy másik „strukturális szint” jelenik meg: ez az érvényesség. (Luhmann 1999, 314.) A jogi kommunikációs térben a jogi intézmények határát az érvényesség fogalma jelöli. Az érvényesség létrehozza azon intézményeket, amelyek mellett a jogiság „kontingenciája” szabályoztatik. Luhmann-nál központi fogalom a *kontingencia*, azaz annak jelensége, hogy az események másképp is történhetnek, mint ahogy az elvárások szerint történniük kellene (Luhmann 1987, 31. et passim). A társadalmi szinten az elvárások érvényesülését az elvárások normativitása biztosítja, de a társadalmi szinten a normatív elvárások kontrafaktuálitása szembetalálkozik a tényleges magatartások kontingenciájával, és ezt teljességgel nem is zárhatjuk ki. Az érvényesség pedig arra szolgál, hogy legalább a normatív szféra kontingenciáját csökkenthessük (Luhmann 1999, 321.) – azzal hogy tudjuk, mi is a jog.

### III. 3. 2. Norma és döntés

A jogi definíciók többsége abból indul ki, hogy a jog magatartási norma. Ezt követően próbálják meghatározni azt a *specifica differentiat*, ami megkülönbözteti a többi normától. E kísérletek redukciója vezet a jognak törvénnyel való azonosításához, ami a társadalom széles köreiben is elterjedt vélemény. Georges Renard mondta egy előadáson tanítványainak, hogy

„[á]llítsák meg azt az embert, aki ezen előadó ablakai alatt elhalad, és kérdezzék meg tőle, mit gondol, mit csinálunk mi itt. A legkevesebb, amit tud, hogy ez a jogi fakultás, tehát azt fogja Önöknek válaszolni, hogy »Önök a törvényeket« tanulmányozzák.”<sup>303</sup>

És ezt a kérdést feltehetjük 80 évvel később is – hasonló válaszra számítsunk.

A „jog” szónak azonban több jelentése is van. Értünk alatta egy rendszert, egy összességet, de jognak nevezzük ezen összesség részeit is. Amikor jogról beszélünk, egyszerre gondolhatunk a jogrendszerre és annak egy elemére is. Azonban a jog definiálásakor a jelenséget magát: az összességet, az egységet és nem annak egy részét akarjuk meghatározni. Azok, akik a jogrendszer egészét a törvényekkel azonosítják (és érvényességét is ebből vezetnék le) – ergo a jogrendszert normák halmazának tekintik –, pusztán egy részelemét veszik figyelembe a jog egész rendszerének. A normák csak tárgyai, eszközei a jogrendszernek, de nem kizárólagos elemei.<sup>304</sup> Ha csak általános jogszabályaink lennének, hasztalan lenne a jogunk, mert a jogszabály túl általános, túl statikus és szükségszerűen hézagos. Noha az absztrakció a jogi gondolkodás elengedhetetlen feltétele,<sup>305</sup> mégis szükség van olyan eszközökre, amelyek konkretizálják a jogot. A jogszabály nem szabályozhat az egyedire tekintettel, mert a kazuisztikus túlszabályozottság révén az általánosság feloldódna a jogszabály esetleges egyediségében, s ezzel voltaképp a jogilag nem átfogható tényhelyzetek körét szaporítanánk.<sup>306; 307</sup> A hézagokat nem az általános jogszabály egyediesítésével, hanem az egyedire való alkotó alkalmazással, azaz a döntéssel – mint *különös közvetítéssel* – tölthetjük ki, amely ekként dinamizálja, élővé teszi a statikus jogszabályt. A döntés tehát – ahogy Hermann Isay írja – „egy egyedi eset meghatározott rendjének az akarása.”<sup>308</sup> A meghatározott rend az általános jogszabály előírása.

<sup>303</sup> Renard 1924, 25.

<sup>304</sup> Romano 1975, 23.

<sup>305</sup> Rothar 1979, 15-17., ill. Pokol 2005, 34.

<sup>306</sup> Peschka 1988, 75.

<sup>307</sup> A kazuisztikus szabályozás problémáiról lásd Varga 2004, 51-53.

<sup>308</sup> Isay 1929, 60.

Tipikus helyzetben minden jogi szabályozás két úton történik: előre mutatóan és utólagosan. A normák előre szabályoznak: a jövő fogalmiasítása révén előreláthatóvá kívánják tenni a bizonytalant és absztrakt fogalmakkal próbálják leírni a jövő végtelen számú lehetőségeit. A normákat egy absztrakt tényállásra alkotják, holott majdan egy konkrétra kell őket alkalmazni. A jog azonban nem csak normákból áll, a jogrendszer ugyanis az absztrakt normák segítségével egyáltalán nem tudná beteljesíteni célját. Ezért van szükség a konkrét és utólagosan szabályozó döntésre. Mert „a jog alapvető értéke: *biztonsága*”,<sup>309</sup> ám teret kell adni a *különösnek* is, hogy a jog további értékei (igazságosság, méltányosság) is megvalósulhassanak. „A különösség [...] közvetítő mező”,<sup>310</sup> s itt kap teret a bírói jogtalálás.

„A jogi norma kész, befejezett, mozdulatlan, statikus valami. A döntés ezzel szemben dinamikus, egy élményfolyamat, tehát az élet, a keletkezés, a mozgás” – foglalja össze Hermann Isay, a döntéselmélet egyik fontos kidolgozója.<sup>311</sup> A mechanikus jogképben még a jogalkalmazás pusztá eszköze a döntés: a normának alárendelt szerep jutna neki. Montesquieu felfogásában a bíró „*la bouche de la loi*”, aki pusztán kimondja az absztrakt norma konkrét válaszát – ez a válasz azonban mintegy szükségszerűen „adódna” a normából (*naïv realizmus*).<sup>312</sup> A gyakorlat azonban bebizonyította, hogy az élet ennél – és a normák szabályainál – bonyolultabb, ezért a bíró (és a jogi élet többi szereplőjének) alkotó tevékenysége nélkül nincs konkrét jogi megoldás, hiszen – amint Varga Csaba írja –

„a döntés premisszáinak érvelés útján történő kialakítása [...] nem írható le egyetemesen alkalmazható szabályok halmazával, mert mindig konkrét helyzethez, [...] az *ún. jogalkalmazási szituációhoz* kötött. A szituáció pedig [...] sohasem választható el a szóban forgó folyamatban résztvevő *hallgatóságtól*”.<sup>313</sup>

A normából egy gondolkodási folyamat eredményeként születik a sohasem alternatívátlan válasz – s ez a folyamat a döntés.<sup>314</sup> Ezért az érvelés a jog logikája, amint azt a II. fejezetben körbejártuk. Ahogy Chaïm Perelman megállapítja, bírálva a jog logikai következtetési láncolatként ábrázolását,

<sup>309</sup> Peschka 1981, 242.

<sup>310</sup> Peschka 1981, 245.

<sup>311</sup> Isay 1929, 25.

<sup>312</sup> A jogi szillogizmus problematikusságáról és (esetleges) meghaladásáról ld. Baufeld 2005, 182-192.

<sup>313</sup> Varga 1992, 60. (kiemelések eredetiben)

<sup>314</sup> Vö. Isay 1929, 20.

„[a] szillogizmusban a premisszáktól a következtetésbe való átmenet szükségszerű. Az érvek átmenete egy döntésbe már egyáltalán nem ilyen szükségszerű: ha ez lenne a helyzet, az ember nem egy valódi döntés előtt állna.”<sup>315</sup>

Mi a különbség a döntés és a norma között? A norma racionális, de személytelen, önmagában véve igazságtalan, mert túl absztrakt, nem értékelő, hanem értékekre vonatkoztatott aktus. A döntés irracionális, személyes, egyedi, nem kognitív, hanem volatív aktus eredménye, a jogérzetből és a gyakorlati észből táplálkozik.<sup>316; 317</sup> A döntésnek két forrása van: a megpillantás és a megérzés.<sup>318</sup> E döntési módok racionalizálási kísérletei zajlanak a döntéslegitimáció során.<sup>319</sup>

### III. 3. 3. A jog szituatív szemlélete

A jogászság önideológiájában a jogalkalmazás eredménye egy személytelen és szükségszerű folyamat biztos eredménye – ezt a döntéslegitimációs érvet azonban az elmélet nem igazolja vissza.<sup>320</sup> Előbb van a motiváció és az akarat, s csak aztán az ítélet.<sup>321</sup> A jogbiztonság így nem jogszabály szerinti döntést garantál, hanem meghatározott fórum általi, meghatározott időn belüli döntést. A döntés szükségszerűsége a normák jelentésének bizonytalanságából – ekként értelmezésre szorultságából – fakad, a döntés szubjektivitása pedig a döntés lényegéből. Kelsen egyértelműen kifejti, hogy a magasabb rendű norma sohasem képes hézagmentesen meghatározni alkalmazásának eredményét,<sup>322</sup> hiszen „a norma nyelvi értelme nem egyértelmű; a norma több lehetséges jelentéssel találja magát szemben”.<sup>323</sup> Ez a jelentésadás a jogi döntés, amelynek eredménye szintén egy norma, mely norma nem azért norma, mert tartalmilag szükségszerűen következne egy felette álló normából, hanem pusztán azért, mert formálisan, eljárásilag következik – azaz igazolható – e felsőbb normából. A klasszikus jogi

<sup>315</sup> Perelman 1979, 11.

<sup>316</sup> Isay 1929, 25-28.

<sup>317</sup> A jogérzet kifejezése vitatott, többjelentésű fogalom. A jogérzet különböző tudati szintjei között tehetünk különbséget (vö. Riezler 1946, 7-8.): ennek megfelelően a jogérzet lehet 1. a Sollen megérzése; 2. egy erkölcsi-kritikai jogtudat; ill. 3. az ösztönös jogkövetés. Ám kérdés, hogy ez a jogérzet velünk született tulajdonság-e vagy társadalmi beilleszkedésünk eredménye. Sokak szerint egy olyan pszichológiai adottságról van szó, amelynek egyes előzményei már bizonyos emlősöknél is megtalálható (Hendrichs 1985, 57-70.). Ezt a felfogást tagadja Jhering: szerinte „[n]em a jogérzet keletkezteti a jogot, hanem a jog a jogérzetet” (Jhering 1893, XIV.). Franz-Xaver Kaufmann is arra hívja fel a figyelmet, hogy a jogérzet csak egy pseudo-pszichológiai fogalom, valójában „a jogászok alkotása”, amely a társadalmi nevelés és részvétel által alakul ki a jogalanyokban (Kaufmann 1985, 185-186.)

<sup>318</sup> Isay 1929, 67.

<sup>319</sup> Isay 1929, 78.

<sup>320</sup> Varga 1992, 62.

<sup>321</sup> A bírói döntések lehetséges motivációiról lásd Bendix 1968, 133-144.

<sup>322</sup> Kelsen 2001, 50-51.

<sup>323</sup> Kelsen 2001, 52.

módszertan szerint megvannak azok az értelmezési utak, eszközök, amelyek révén megkaphatjuk egy felsőbb norma konkrét jelentését, a felsőbb norma alkalmazását, azaz az alsóbb normát. Kelsen azonban elrelativizálja a jogalkotás és jogalkalmazás fogalmait, rámutatva arra, hogy a jogi élet valamennyi szintjén – kivéve a legelső és a legelső lépcsőfokot – egyszerre zajlik alkotó és alkalmazó folyamat. És mivel a normának nem *egy* jelentése van, hanem több jelentése, a konkrét jelentés – ugyan a felsőbb norma keretei között marad – nem a felsőbb normától származik szükségszerűen – tehát nem egy megismerési aktus eredménye –, hanem a jogalkalmazótól. Tartalmilag a jog ezért nem is garantálhat teljes bizonyosságot; ha ugyanis előre tudnánk, mi a jog válasza, nem kéne bíróság, ügyvéd és ügyész, hiszen minden „magától”, azaz a jogszabályokból értetődne.<sup>324</sup> Épp a válasz többesélyűsége miatt megyünk bíróságra, bízva abban, hogy a bíró *akarata* a mi érveinket fogadja el. A jogszabály – ahogy Niklas Luhmann írja – passzív: „idéztetik [...], de nem tud a döntésről diszponálni”.<sup>325</sup> Ezért az *argumentáció* a jog logikájának a sajátossága.<sup>326</sup>

A jog mint rendszer mindig egy konkrét szituációban nyilvánul meg: és épp a döntés szükségszerűsége adja meg a mindenkori szabadságot, hiszen – ahogy Vladimír Kubeš írja – „[a] helyzet nem mondja meg az embernek, *hogyan* kell döntenie. Teret enged neki, hogy így vagy úgy cselekedjék.”<sup>327</sup> És az, hogy ki milyen motivációk hatására dönt így vagy úgy, meghatározhatja ugyan a jog (az attól való félelem vagy a vele való belső azonosulás), de más szempontok is. Egyéni szabadságunkkal áll összefüggésben a Luhmann által döntés paradoxonának nevezett jelenség is: azaz, hogy ott merül fel igazán a döntés szükségszerűsége, ahol elvi szinten nem hozható döntés. Amennyiben a konkrét kérdés eldönthető (azaz van rá *egy* válasz), akkor e válasz a kérdés belső lényegéből adódik: megválaszolása nem döntés, hanem felismerés.<sup>328</sup> Ám a társadalmi jelenségeknél nincs szükségszerűség, így a kérdések megválaszolása valójában azért történhet csak döntéssel, mert nincs mit felismerni, nincs eleve adott válasz. A válasz mindenkor a helyzettől *és tőlünk* függ – nem egy objektív szabályosságtól. Ahogy Varga Csaba írja:

„Bármiféle külső kényszerítő tekintély híján, gyakorlatunk során végső soron *csakis* magunk fegyelmezzhetjük, befolyásolhatjuk vagy irányíthatják magunkat”.<sup>329</sup>

<sup>324</sup> A jogbiztonság mítoszáról lásd Frank 2006, 19-27.

<sup>325</sup> Luhmann 1999, 38.

<sup>326</sup> Perelman 1962, 222.

<sup>327</sup> Kubeš 1986, 80. (kiemelés eredetiben)

<sup>328</sup> Luhmann 1995, 307-310. (A politikum kapcsán hasonlót állít Mouffe 2007, 19.)

<sup>329</sup> Varga 1992, 69. (kiemelés eredetiben)

Mindez abból fakad – amint feljebb fejtegettük már –, hogy a jog nem egy tényhelyzet leírása, hanem egy értékítélet: nem azt jelentjük ki, hogy a jogilag megítélendő, eldöntendő tényhelyzet milyen, hanem azt, hogy milyennek kell lennie. Az értékítéletek nem az értékelt tulajdonságaiból adódnak – mint a megismerési ítéletek –, hanem *az értékelő alany véleményéből*, ekként szükségszerűen szubjektívek, s episztemológiailag egyaránt igazak és hamisak, azaz verifikálhatóan nem eldönthetőek.<sup>330</sup> A jogi döntésnek azonban társadalmi vonatkozásai vannak: mindez egyrészt – etikai értelemben – felelősséget ró a döntéshozóra, másrészt eleve nem a semmiből születik, tehát mindenképp igazodnia kell környezetéhez, s ez biztosítja voltaképp, hogy nem önkényes, hanem társadalmilag hasznos döntések szülessenek.

Nos, a jog azért jött létre minden társadalomban, hogy szervezzen, problémákat megoldjon, azaz: valósággá váljék. Mint láttuk, a normák nem valóságok – parafrázálva Frankot: nem mennek maguktól a bíróságra –, csak az akarat képes valósággá tenni őket. És az akaratnak nem pusztán eszköz szerep jut, hanem ő határozza meg, ő mondja ki, hogy *mi* a norma – ezért a döntés nem a norma alkalmazása, hanem a bíró szellemi alkotómunkája.<sup>331</sup> Egy társadalomban az lesz hát a jog, amit a jogalanyok, bírók, törvényhozók *jogként akarnak*. A törvény ui. nem objektív adottság, hiszen – amint Arisztotelész rámutat – a törvény szelleme az őt alkotó ember szellemétől nem elválasztható.<sup>332</sup> Magyarán, ha értékeket (erényeket) akarunk a jogállam révén előhozni, nem a jogra (*Sollen*), hanem az azt alkotó és alkalmazó emberre (*Sein*) kell hatni. Bármilyen intézmény csak az arra képessé tett emberekkel teljesítheti ki feladatát: nem véletlenül ismeri el egy kortárs magyar liberális politikai filozófus is, hogy „csak annak a morális tekintélynek jár ki az egyéniségre szabott jog, a szabadság és autonómia, akit a nevelés erre már felkészített”.<sup>333</sup> Bármily szép „apapótlék” (Jerome Frank), a jog sem mentesít minket felelősségünk és cselekvésünk alól – egy reális jogontológia, lerántva a normatív fikcióról, a „hatalom misztikus okáról” (Blaise Pascal) a leplet, erre mutat rá. Mert – ahogy Zlinszky János írja –

„nem születik meg az érték csak úgy véletlenül, azért meg kell vívnia a maga harcát értékkereső egyénnek és társadalomnak egyaránt”.<sup>334</sup>

Annak belátása, hogy jogszabályaink se adhatják meg a teljes biztonságot – mert jelentésüket nem önmagukban hordozzák, és nem mechanikusan vonatkoznak az élet sokszínűségére –,

<sup>330</sup> Vö. Achermann 1955, 54–64. et passim.

<sup>331</sup> Bendix 1968, 88.

<sup>332</sup> Arisztotelész 99.

<sup>333</sup> Bretter 2004, 99.

<sup>334</sup> Zlinszky 2006, 13.



éppen nem egy dekonstruktív gondolat, hanem az egyéni és közösségi felelősség fontosságát hangsúlyozza. Szükség van szabályosságra, előreláthatóságra, jogbiztonságra, jogállamiságra – de mindezeket nem pusztán ilyen fogalmak törvényi bevezetésével, előírásával, hanem elsősorban egy megfelelő jogtudat és jogkövető magatartás megléte esetén tudhatjuk elérni, fenntartani. Annak belátása, hogy a jog mögött az akarat húzódik meg, elvezethet persze önkényhez – de éppen annak megakadályozásához is. Megfelelő jogtudat és jogkövető magatartás nem jogszabályok, hanem helyes történelmi élmények, tapasztalatok eredménye, vagy – azok esetleges hiánya esetén – tudatos nevelés eredménye, így nagyon is politikai és pedagógiai feladat. A weimari és a bonni alkotmány között se a leírt szavakban, a bevezetett jogintézményekben van a legfontosabb különbség, hanem a társadalmi környezetben. A bonni köztársaság már nem elégedett meg azzal, hogy demokratikus és jogállami alkotmánya van, hanem tudatosan arra törekedett – a társadalmi „nevelés” legitim eszközeivel is –, hogy az alkotmány szavait az alkotmány eredeti szándékának és szellemének, egy demokratikus, liberális jogállamnak megfelelően értelmezze bíró és polgár egyaránt.

Pusztá szavak nem teremtenek új valóságokat – erre csak erős akarat képes. Németországnak sikerült egy megkésett, erősen autoriter és militarista hagyományokkal rendelkező nemzetből a mai Európa egyik legnyitottabb, legliberálisabb jogállamává válnia. Ott az akarat ugyanis a jogállam feltételeinek megteremtésére és nem – mint Weimarban – szétzúzására irányult.

## IV. A *Daseinsvorsorge* mint a pozitívizmust meghaladó, közigazgatás alapú államlegitimáció

A következőkben a jogi pozitívizmus kritikája a *Daseinsvorsorge* elmélete alapján jelenik meg. Ernst Forsthoff vezette be e fogalmiságot mint tudatosan metapozitívként gondolt megújítást a régi közigazgatási jognak, amely – véleménye szerint – egy ipari társadalom új kihívásainak – mégpedig az emberi lét biztosításának – nem tudott már megfelelni. Ezért célozta meg Forsthoff a „klasszikus” közigazgatási jog szabályozási céljának és dogmatikájának kinyitását.

A társadalmi változások a 20. század első negyedében már odavezettek, hogy az ember – akinek lehetőségei és perspektívái térbelileg igencsak kiterjedtek (effektív élettér) – nem volt már képes pusztán az uralt életterére támaszkodva a létfenntartását biztosítani. Míg a lehetőségei tágultak (*effektív élettér*), a konkrét helyzete szűkült (*uralt élettér*). Forsthoff vezette be a két élettér-fogalom megkülönböztetését: van az uralt, illetőleg az elérhető (későbbi elnevezésben effektív) élettér:

A klasszikus liberalizmus felfogása szerint az állam és a társadalom elválasztottan létezik, az állam feladata csupán annyi, hogy jogszabályokkal biztosítsa a társadalmi-gazdasági folyamatok zavartalan, állami beavatkozástól mentes működését. Egy ilyen állam – és egy ilyen jog – azonban nem képes reagálni azokra a változásokra, amelyek miatt mind a társadalom, mind az egyén egyre inkább nem csupán az állam passzivitását és a jog absztrakt kiszámíthatóságát igényli, hanem az állam beavatkozó segítségét (jóléti állam) és egy nyíltabb jog-felfogás megjelenését. Ha az állam aktív feladatai erősödnek, az egyrészt a közigazgatási jogot érinti leginkább, másrészt viszont kihat az egyén és az állam általános kapcsolatára is, újfajta állam-legitimációs indokot megjelenítve. A közigazgatási jog „felduzzadása”, aktivizálódása okán az egyén szerepe megváltozik: a társadalmi-gazdasági változások miatt kiszolgáltatott helyzete miatt állami védelemre szorul, de ennek okán viszont az állami beavatkozásokkal szembeni egyéni kiszolgáltatottsága növekszik.

Ernst Forsthoff német közjogász érzékelt leginkább e változásokat. Miközben a közigazgatási jogot ő ennek megfelelően az államszervezés helyett elsősorban az egyéni létfenntartás biztosításának (*Daseinsvorsorge*) céljába állította – ezt a közigazgatási jog elméletének és dogmatikájának megváltoztatásával is összekötötte. Másrészt viszont Forsthoff – immáron nem közigazgatási, hanem alkotmányjogásként kifejtett

munkásságában – az államiságot nem akarta kiszolgáltatni teljesen az egyéni és társadalmi érdekeknek – aminek következményét nevezte Carl Schmitt „mennységileg totális államnak” –, hanem egyfajta „neoliberális autoritarizmus” jegyében az állam „minőségi totalitását” akarta megőrizni a növekvő egyéni és társadalmi befolyással szemben. Mind közigazgatáskjogi, mind alkotmányjogi koncepció azonban a német jogtudomány fontos metapozitivisták kísérleteit jelentik.

Amikor a jog születéséről, az állam legitimitásáról gondolkodunk, a Daseinsvorsorge gyakorlati szempontokat vet fel: az állam azért és azáltal legitim, amiért és ami által elfogadott. Ez a modern társadalomban leginkább a gondoskodás révén biztosított – így válik a Daseinsvorsorge közigazgatási jogi fogalmából a jog lényegére, az állam legitimitására, elfogadottságára vonatkozó felvetés. Éppen ezért egy különösen érdekes metapozitív kísérlet.

## IV. 1. Egy új államlegitimáció és jogszerep igénye

Egy technikailag egyre fejlettebb világban olyan új lehetőségek nyílnak meg az emberek előtt, amelyek addig nem ismert távlatokat eredményeznek, de ez a térbeli és időbeli szabadság ugyanakkor elidegeníti és eltávolítja a korábbi emberi kapcsolatok kiszélesítése révén a társadalom tagjait egymástól. Kiszakad az ember a korábbi természetes környezetéből – értve ezalatt az anyagi környezetét (természet) és az immateriális környezetét (család, kultúra) –, ugyanis egyre szabadabban – értsd: kötetlenebbül – tud mozogni, élni. Isaiah Berlin egy nagy hatású esszéjében különbséget tett negatív és pozitív szabadság között: az ő tipológiája szerint a negatív szabadság az az állapot, amikor az ember külső kényszerektől mentesen, az élet, a természet külső erőitől szabadon tud létezni.<sup>335</sup> Ez a negatív szabadság azonban magában hordozza az elidegenedés lehetőségét is.

Carl Schmitthez hasonlóan Ernst Forsthoff is igen korán felismerte, hogy a jogtudomány – amely absztrakt normalitásokat feltételez, és azokból indul ki – rég elhaladt a valóság mellett. Forsthoff éppen ezért a közigazgatási jogot új fogalmi alapokra akarta helyezni. Felismerése szerint az iparosodás, a városiasodás, a technikai fejlődés az embereket negatív értelemben teszi szabaddá, és éppen ezért az így negatív szabaddá tett embernek nagyobb szüksége van az állam – és főleg az állami közigazgatás – nyújtotta segítségre, támogatásra, védelemre, mint a történelem során bármikor. E feladatköröket nevezte összefüggően „Daseinsvorsorgének”, amely így a modern állami közigazgatás legfőbb feladata lenne. Az is Forsthoff újszerű és gyakorlatorientált megközelítését bizonyítja, hogy az állam esetében a közigazgatást azonosította a központi elemként, mert a legfontosabb állami feladat nem a negatív szabadság fenntartása (amire a három hatalmi ág és főleg azok szétválasztása alkalmas), hanem a negatív szabad állampolgár pozitív védelme, a róla való gondoskodás (*Fürsorge, Vorsorge*).

Azon korábbi „természetes” egységek, amelyek az emberek védelméről gondoskodtak – a családi közösségtől a faluközösségen át az egyházig – a modernizáció és a szekularizáció révén meggyengültek, és szerepüket az államnak, az állami közigazgatásnak – amely ennek megfelelően elsősorban szociális igazgatás, gondoskodás – kell átvennie.<sup>336</sup> A modernizáció és a technikai fejlődés révén eleve nagyobbak lettek a negatív szabadság igényei, és az esetlegesen még jelenlévő, korábbi gondoskodó közegei nem is lennének képesek eme új és

<sup>335</sup> Berlin 2006, 201skk

<sup>336</sup> Jaspers 1932, 5. et passim.

nagyobb igényeket megfelelően kielégíteni. Az emberi emancipáció paradox módon tehát ahhoz vezet, hogy a szabadság fokának növekedésével újabb és nagyobb intézményekre van szükség, amelyek e szabadságtól védeni tudják a kötetlenné vált embert – mert különben éppen csak a ténylegesség, a biológiai adottságok határoznák meg egy-egy emancipált ember sorsát.<sup>337</sup> A kontrollálatlan negatív szabadság olyan helyzeteket eredményez, ahol az erősebbek – felszabadult erejük ténylegessége okán – túlélnek, miközben a gyengék csak vegetálnak és félelemben élnek, mert számukra a negatív szabadság védtelenséget jelent.<sup>338</sup> A lét-védelem (*Daseinschutz*) feladatát így az állam veszi át, amelynek saját feladatait és intézményeit (azaz a közigazgatást) ennek megfelelően kell újrafogalmaznia. Amit Schmitt az államtan szintjén fogalmazott meg – hangsúlyozva, hogy az állam feladatait és eszközeit a sohasem normális (azaz mindig rendkívüli) konkrét helyzetből kiindulva kell meghatározni –, Ernst Forsthoff a közigazgatási jog dogmatikájába vitte át.

Ahogy Willi Blümel méltatásában írja: „Forsthoffnak érzéke volt az újdonságokra”,<sup>339</sup> így igen korán megfigyelte a fentebb leírt tendenciákat, és a „Daseinsvorsorge” fogalmának bevezetésével akarta újrafogalmazni az állam és a pozitív jog addig ismert lényegét és feladatait. A „Daseinsvorsorge” nem csupán egy új közigazgatási feladat, és nem szűkíthető csupán az anyagi gondoskodásra. A „Daseinsvorsorge” éppen azt biztosítja, hogy az állam – amelynek klasszikus fogalma és lényege történelmileg meghaladottnak látszik<sup>340</sup> – új, metapozitív legitimitást és igazolást nyerhessen.

Forsthoff az állami legitimitáció újrafogalmazásának során a (schmitti értelemben vett) totális állam helyeslésétől a nemzeti szocializmuson<sup>341</sup> át jutott az ipari társadalom államának meghatározásáig, amelynek révén újszerű közigazgatási és államjogi elméletét a konkrét körülményekből, változásokból – így (ha tetszik) a rendkívüliből kiindulva – tudta felépíteni. Először maga is úgy vélte, hogy a totális állam – a minőségileg totális állam – lehet képes az ipari korszak, a modernitás követelményeinek megfelelni, de idővel egyre inkább a szubszidiaritás és a társadalom szerepét hangsúlyozta a túlon túl erős és nagy állammal szemben.

<sup>337</sup> Ezen biopolitikai koncepcióról ld. Agamben 2002, 127. et passim.

<sup>338</sup> Ahogy Carl Schmitt írta: „A nem-beavatkozás (...) nem más, mint beavatkozás a mindenkor hatalmasok és kíméletlenek érdekében.” (Schmitt 1988, 154.)

<sup>339</sup> Blümel 2003, 119.

<sup>340</sup> Ld. Schmitt 2003, 383. et passim.

<sup>341</sup> Kersten 2005, 544skk.

## IV. 2. Daseinsvorsorge: egy új fogalmiság okai

### IV. 2. 1. Társadalmi-történelmi változások

A 19. század óta megjelenő változások (urbanizáció, tömegtársadalom kialakulása, technológiai újítások, iparosodás stb.) révén az emberiség lehetőségei – és ezzel arányosan az igényei – folyamatosan nőttek, miközben a források szűkössége nem változott ilyen arányban. Amikor Ernst Forsthoff először bevezette a „Daseinsvorsorge” fogalmát, ezen változásokra kívánt reagálni, és a közigazgatást – valamint annak tudományát – a valósághoz közelebb vinni. Elméleteinek egyik lehetséges előfutára – noha egyértelmű kapcsolódás nem állapítható meg – Karl Jaspers filozófus,<sup>342</sup> aki már 1932-ben, tehát pár évvel Forsthoff előtt, éppen azon problémákra és jelenségekre utalt, amelyeket aztán Forsthoff a maga közigazgatásjogelméleti koncepcióiban mélyebben és jogászilag továbbgondolt. Jaspers szerint a tömegtársadalom jelentette változások miatt az ember „mindennel érintkezésbe” került: „Semmi se távoli, titkos, csodálatos”.<sup>343</sup> Amit Jaspers még inkább érzelmileg fogalmazott meg, Forsthoff pontosította tovább, amennyiben is ő különbséget tett az *uralt* és az *effektív élettér* között. Erre a különbségtevésre – amit későbbi műveiben is többször szószerint megismételt<sup>344</sup> – alapította a „Daseinsvorsorge” fogalmát. E fogalom első ránézésre nem tűnik jogászinak – számosan ezért eleve úgy vélték, hogy Forsthoff nem új jogi dogmatikát alkotott, mert eleve vitatták a fogalomképzésének dogmatikai helyességét.<sup>345</sup>

A „Daseinsvorsorge” fogalma egzisztencialista ihletettséggű. Noha az az állítás, hogy Forsthoff Heideggertől kölcsönözte volna,<sup>346</sup> nem igazolható. Karl Korn mégis kapcsolódást vélte felfedezni a heideggeri Dasein és a forsthoffi Daseinsvorsorge között, mivel a Dasein éppen azon gondokat, azon életfélelmeket jelenti,<sup>347</sup> amelyek mérséklése a Daseinsvorsorge feladata. A német „Sorge” szó is egyszerre jelent gondot, nyugtalanságot, aggodalmat, valamint gondoskodást, segítséget. Az emberek elidegenedtek az uralt életterüktől, és ezért Dasein-gondjuk (Sorge um Dasein, Daseinssorge) lett, az effektív élettér ugyanis nem nyújtja a megfelelő védelmet, gondoskodást.

<sup>342</sup> Scheidemann 1991, 20skk.

<sup>343</sup> Jaspers 1932, 29.

<sup>344</sup> Vö. Forsthoff 1938, 4skk.; Forsthoff 1958, 4skk.; Forsthoff 1968, 146skk.

<sup>345</sup> Vö. Fischerhof 1960, 41skk.; Börner 1971, 406skk.; Ossenbühl 1971, 516sk.

<sup>346</sup> Heidegger Sorge fogalmáról ld. Merker 2001, 117-132.

<sup>347</sup> Korn 1959, 167. et passim.

## IV. 2. 2. A Daseinsvorsorge fogalma

Az emített társadalmi változások odavezettek, hogy az ember – akinek lehetőségei és perspektívái térbelileg igencsak kiterjedtek (effektív élettér) – nem volt már képes pusztán az uralt életterére támaszkodva a létfenntartását biztosítani. Míg a lehetőségei tágultak (*effektív élettér*), a konkrét helyzete szűkült (*uralt élettér*). Forsthoff vezette be a két élettér-fogalom megkülönböztetését: van az uralt, illetőleg az elérhető (későbbi elnevezésben effektív) élettér:

„Uralt élettérként [azon élettér] azonosítható, amely olyan intenzív módon kapcsolódik az emberhez, hogy azt csak önmagához tartozónak, sajátjának tekintheti, és amelynek uraként érezheti magát. Ez nem más, mint az udvar, a föld, ami az övé, a ház, amiben él.”<sup>348</sup>

Ezen megkülönböztetésre, amely elsősorban még szociológiai – vagy Christian Schütte szerint pszeudo-szociológiai<sup>349</sup> – megfigyeléseken alapult, építette fel Forsthoff a maga Daseinsvorsorge-elméletét, (1) amely képes volt a közigazgatás ténylegességét, valóságát, amely már akkoriban is számtalanszor gondoskodásról (*Daseinsfürsorge*) szólt,<sup>350</sup> jogilag megragadható formában leírni, és (2) amely – alapfogalomként – a közigazgatás egy új feladatát jelölte ki, és ezzel a közigazgatási jogi dogmatika újrafogalmazásához járult hozzá. Ami számos nyelven egyszerűen közszolgáltatásként ismert (service public, public services, servicio público, usługi publiczne stb), Forsthoff révén nyert – tanúsítva „a tárgyiasítás németekben rejlő képességét” (Forsthoff)<sup>351</sup> – közigazgatásjog-elméleti megfogalmazást.

Miért volt szükséges a közigazgatás számára új feladatokat meghatározni, és a közigazgatási jog tudományát ennek megfelelően újrafogalmazni? „[A] modern ember már nincs azon alapvető javak birtokában, amelyek nélkül léte akár csak egy napig is elképzelhető volna” – válaszolja meg Forsthoff maga kérdést, a probléma bemutatásával.<sup>352</sup> Az effektív (elérhető) élettér kitágulása – például a közlekedési lehetőségek megsokszorozódásának és felgyorsulásának köszönhetően<sup>353</sup> – azt eredményezte, hogy az összeszűkült, uralt élettér az új elvárásokat, igényeket már nem tudta kielégíteni. A paraszt, aki egykoron mezőgazdasági munkával tudta a létfenntartását biztosítani, a városba, lakásba költözött,<sup>354</sup> és köz- (azaz

<sup>348</sup> Forsthoff 1935, 398.

<sup>349</sup> Schütte 2006, 45. (Peter Häberle szerint Forsthoff bizonyos ideológiai premisszákból kiindulóan elemzett; Häberle 2002, 11.)

<sup>350</sup> Vö. Huber 1974, 141skk.

<sup>351</sup> Forsthoff 1968, 161.

<sup>352</sup> Forsthoff 1938, 7.

<sup>353</sup> Forsthoff 1938, 5.

<sup>354</sup> Ld. „A ház helyébe az emelet, a bútorozott szoba, a hálószoba lépett.” (Forsthoff 1938, 5.)

külsődleges) szolgáltatásokra lett ráutalva. Minél nagyobb, minél távolibb lett az effektív élettér, annál inkább szüksége lett az embernek rendezett, a közjó felé elkötelezett, gondoskodó intézményekre. Egy mai német közigazgatási jogi kommentár is megállapítja, hogy „a *Daseinsvorsorge* teljesítési feladatát az állam nem engedheti át az erők szabad játékának”.<sup>355</sup> Forsthoff az állam – azaz az állami közigazgatás – feladatává tette, hogy biztosítsa a létfenntartást, a *Daseinsvorsorgét*.<sup>356</sup> Azaz – ahogy Forsthoff meghatározza a *Daseinsvorsorge* feladatát –

„a (szó legszélesebb értelmében vett) államra hárul a feladat és a felelősség, hogy mindent megtegyen, ami a létezés feltételeit biztosítja [*Daseinermöglichung*] az élettér nélküli ember számára”.<sup>357</sup>

A *Daseinsvorsorge* mint új állami feladat egyben erősíti is az állampolgári hűséget, az állam és az állampolgár kapcsolatát (és ennek megfelelően az állam legitimitását), mivel az állampolgár a személyében lesz érdekelt az állam – mint a *Daseinsvorsorge* biztosítója – zavartalan továbbműködésében. A *Daseinsvorsorge* forsthoffi koncepciója (1) egyrészt egy új közigazgatási jogi fogalmat jelent, (2) másrészt egy új állam-legitimációs alapot teremt. E kettős cél onnan is kiolvasható, ahogy Forsthoff a *Daseinsvorsorge* fogalmának értelmét meghatározta:

„A *Daseinsvorsorge* fogalma arra szolgál, hogy [1.] a modern állam szolgáltató feladatai között, feltéve, hogy az állam nem csupán fiskálisan cselekszik, közjogi elem legyen felmutatható, valamint [2.] egyidejűleg az egyénnek az államhoz való alapviszonyát az adottságoknak megfelelően újrafogalmazza.”<sup>358</sup>

A meghatározásban tehát ott a *Daseinsvorsorge* kettősége: egyszerre közigazgatásjogi fogalom és államlegitimációs ok.

---

<sup>355</sup> Ronellenfitsch 2003, 79.

<sup>356</sup> Herdegen 2003, 43.

<sup>357</sup> Forsthoff 1958, 6sk.

<sup>358</sup> Forsthoff 1959a, 9.



### IV. 3. Feladatcentrikus közigazgatástan

#### IV. 3. 1. Régi valóság – új dogmatika

Amikor Forsthoff kidolgozta a saját elméletét, a valósághoz akarta közelíteni a közigazgatási jogi dogmatikát, ugyanis a valóságban a közigazgatás már az ő korában is nagyrészt közszolgáltatást jelentett. A közigazgatási jog fogalmisága azonban a pozitivista Polizeywissenschaft keretei között rekedt meg. Már az 1960-as években – visszatekintve korábbi munkásságára – azt írta, hogy

„a közigazgatástan lényegi feladata abban áll, hogy olyan valóságelemeket szállítson, amelyek alkalmasak alakítólag visszahatni a közigazgatási jogra, azaz képesek a meglévő jogelveket módosítani vagy új jogelveket létrehozni.”<sup>359</sup>

Ezen okból hivatkozott Lorenz von Stein munkásságára, aki már a 19. században, az akkor uralkodó, szigorúan pozitivista közigazgatási jogtudománnyal vitatkozva, a közigazgatást és annak tudományát, amit ő közigazgatástannak (és nem közigazgatási jogtudománynak) nevezett, nem a jogászai előírások, hanem a teljesítendő, megoldandó feladatok, problémakörök felől határozta meg. Szerinte a közigazgatási jog „*az igazgatandó lényegéből (aus dem Wesen des zu Verwaltenden)*” határozandó meg.<sup>360</sup> Hasonló okból akarta Forsthoff is megújítani a közigazgatási jog tudományát:

„A Daseinsvorsorge, mint a létszükségletekről, a létehetőségről való gondoskodás, manapság egyáltalán nincs oly módon dogmatikailag figyelembe véve, ahogy illenék.”<sup>361</sup>

A hagyományos dogmatika alkalmatlan volt arra, hogy a megváltozott társadalmi körülményeket észlelje, és ezért Forsthoff fogalomalkotása nem leíró-(jog)szociológiai, hanem normatív-dogmatikai természetű.<sup>362</sup> Forsthoff célja ezért, hogy „a modern közigazgatási jog tudományának alapjait (...) bizonyos vonatkozásban megvilágítsa”.<sup>363</sup>

Forsthoff a jogot nem zárt Sollen-rendszernek tekintette, hanem Carl Schmitthez hasonlóan a valóságból kiindulón próbálta meg meghatározni. Míg Forsthoff az alkotmányjog területén igencsak merev-konzervatív álláspontot képviselt – elutasítva a szociális államiság és a jogállamiság azonosrendűségét vagy a 2. világháború utáni német alkotmánybíráskodás

<sup>359</sup> Forsthoff 1964a, 138.

<sup>360</sup> von Stein 1972, 451. (kiemelés eredetiben)

<sup>361</sup> Forsthoff 1938, 12.

<sup>362</sup> Scheidemann 1991, 174.

<sup>363</sup> Forsthoff 1938, 2.

munkásságában megjelent érték-logikát –, a közigazgatási jog területén híve volt az újszerű, dinamikus fogalmiságoknak. Mondhatni: amit Schmitt az alkotmányjog terén tett – az alkotmányjog politikai és tényleges elemeit hangsúlyozva, a pozitívizmust meghaladva –, Forsthoff a közigazgatási jogban gondolta tovább.<sup>364</sup> Schmitt realista alkotmányelméletét így kiegészíti Forsthoff realista közigazgatástana – mindkettő a pozitívizmus meghaladásaként értékelhető.

#### IV. 3. 2. Daseinsvorsorge mint nemzetiszocialista fogalom?

Forsthoff a Daseinsvorsorge fogalmát a nemzetiszocialista időkben vezette be a tudományosságba. Ez nem csak a megszületésének idejére vonatkozó történelmi tény, de egyben tartalmi kérdéseket is felvet arra vonatkozólag, hogy miért éppen a nemzetiszocializmus ideje alatt nyílt lehetőség a realitás-alapú közigazgatásra, és hogy mennyire kapcsolódott e kor szellemiségéhez Forsthoff munkássága.

Noha 1945 után – sokszor a német önfelmentés stratégiájába illeszkedően – többször is az állítólag valóságidegen és értékrelativista (jog)pozitívizmust vádolták azzal, hogy védtelenné tette volna a német jogászságot a nemzetiszocializmussal szemben,<sup>365</sup> valójában a nemzetiszocialista jogszemléletet igen erősen áthatotta a pozitívizmus elutasítása, a hagyományos, klasszikus jogdogmatika meghaladása. Azaz éppen, hogy nem a pozitívizmus, hanem ennek meghaladása szolgáltatta ki a német jogászságot a nemzetiszocializmusnak.<sup>366</sup> A nemzetiszocializmust ugyanis (pszeudó-)természetjogi gondolatiság határozta meg.<sup>367</sup> Ez a homályos jogkép – és nem a pozitívizmus merevsége – tette lehetővé, hogy számos német jogász – főleg azok, akik eleve kritikusak voltak a valóságidegenként megélt (jog)pozitívizmussal szemben – könnyen utat és kapcsolatot talált a nemzetiszocializmus felé.<sup>368</sup> A náci jogászok többsége a pozitívizmus meghaladását szorgalmazták, mert a pozitívizmus révén a életvalóság és a merev törvények között (azaz a konkrét és az absztrakt között) szakadék tátongana. Ezen állítás szerint a pozitívizmus, főleg a tiszta jogtan absztrakt normatívizmusa miatt nem lett volna képes a német jogtudomány a konkrét közösség konkrét élethelyzetére megfelelően reagálni. A náci jogászok, a történeti jogiskola hagyományait

<sup>364</sup> Storost 1984, 169.

<sup>365</sup> Ez ellen érvel pl. Walther 1989, 323skk.

<sup>366</sup> Vö. Schlink 1991, 171.

<sup>367</sup> Minderről ld. Wittreck 2008; kortárs példaként pedig ld. Nicolai 1934, 76. et passim; Sauer 1934/35, 245. et passim.

<sup>368</sup> A pozitívizmust már a weimari köztársaság idejében élesen bírálták, ezért nem lehet egységes pozitívista korszakról beszélni.

követve, a jogot nem absztrakt eszköznek, hanem egy konkrét nép, népi szellem kifejeződésének tartották. Karl Larenz ezért javasolta akkoriban, hogy „ezen absztrakt látásmódtól, azaz attól az elképzeléstől, hogy a jog nem más, mint normák rendszere, meg kell szabadulnia a ma jogfilozófiájának”.<sup>369</sup> A jognak ehelyett a konkrét (nép-) rendre kell hivatkoznia, és fogalmait abból levezetnie.<sup>370</sup>

Noha e követelés főleg a nemzetiszocialista célok jobb megvalósulását szolgálta, tény, hogy a valóság felé fordulás egyben jogi megújulásra, tudományos vitákra is lehetőséget adott. Forsthoff is abból indult ki, hogy a jogtudománynak nem zárt normarendszernek, hanem a valóságra reagáló problémamegoldásnak kell lennie. Tény tehát, hogy a nemzetiszocialista jogfelfogást – amint Stolleis írja – „a közigazgatási reáliák felé fordulás”, „a norma és a közigazgatási valóság közötti szakadék szűkítése” jellemezte.<sup>371</sup> Nem tagadható tehát, hogy a fenti okok miatt éppen a nemzetiszocialista jogtudomány adott lehetőséget azon elméleti próbálkozásoknak, amelyek a *Sollen* és a *Sein* szigorú elválasztásának meghaladására törekedtek. A jog immár nem volt szembeállítva a léttel, hanem abból, annak megfelelően lett meghatározva. A nemzetiszocialista időszakot e tekintetben – ahogy Schütte írja – „a közigazgatás valósága iránti fokozott figyelem” jellemezte.<sup>372</sup>

A nemzetiszocialista jogtudomány Forsthoff számára is megfelelő keret lehetett, hogy a közigazgatási jog elméletét egy valóságcentrikus ténykedés jogi kereteként foghassa fel. A *Daseinsvorsorge* a rendmegtartó (*ordnungserhaltend*) mellett egy másik, a szolgáltató közigazgatási feladat (*leistende Verwaltungstaetigkeit*) fogalmi, jogdogmatikai meghatározása is lett ezért. Scheidemann odáig megy a forsthoffi fogalom elemzésekor, hogy egyenesen úgy véli, e fogalom megszületésére és megvalósulására eleve csak egy autoriter államban kerülhetett és kerülhet sor.<sup>373</sup> A *Daseinsvorsorge* ugyanis nem más, mint az állami legitimitás – és így az állami hatalom – megerősítésének a lehetősége. A *Daseinsvorsorge* újra legitimálni képes az államot, és a társadalmat egyetlen egységes (szolidáris) közösséggé formálja. A *Daseinsvorsorge* ugyanis nem csak a tömegek anyagi ellátását (*Versorgung*), de egyben az immateriális létbiztosítást (*Daseinssicherung*) is nyújtja a rendszabályozás (*Daseinsdisziplinierung*) révén. Erre pedig a demokratikus intézményiség eltörlése vagy csekélyebb súlya több, közvetlenebb lehetőséget biztosíthat.

<sup>369</sup> Larenz 1934, 19.

<sup>370</sup> Larenz 1938, 27skk.

<sup>371</sup> Stolleis 1984, 155. et passim.

<sup>372</sup> Schütte 2006, 77. et passim.

<sup>373</sup> Scheidemann 1991, 242.

### IV. 3. 3. Szolgáltató és beavatkozó közigazgatás

#### IV. 3. 3. 1. Szolgáltató közigazgatás

Az emberi lét csak egy meghatározott rend keretei között tud kibontakozni, így ennek védelme és fenntartása az emberi lét biztosítása. A közigazgatás korábban nem irányult azonban arra, hogy e (lét)rendet fenntartsa, és így a lét kibontakozásának feltételeit biztosítsa. Az állam pusztán azért volt legitim – tehát Max Weber meghatározását követve: elfogadott –, mert biztonságot nyújtott az embereknek. Az emberek azért fogadták el az államot, mert biztosította a rendet, de a társadalmi szférában mindenki ki volt téve a (gazdasági, társadalmi) erők szabad játékának. Forsthoff írja ennek kapcsán, hogy

„az a jogrend, amelynek elvi szinten a szabad jogügyleteket lehetővé tevő privátautonómia az alapja, ezen privátautonómia hordozóira rakja mindennek kockázatait is. Úgy feltételezi róla, hogy megfelelően jár majd el a privátautonómiájával, és éppen ezért megterhelhető a kockázatokkal.”<sup>374</sup>

Azonban az uralt élettérnek fentebb ábrázolt szűkülése miatt nem elvárható az egyéntől, hogy mindazon kockázatokat, amelyek az effektív élettér kiterjedéséből adódnak, egyedül magára vállalja. Már a 19. században megállapította Lorenz von Stein, hogy „az egyén nem képes önerőből meghatározni önmagát”, és éppen ezért úgy vélte, hogy az egyén érdekében gazdasági feladatok is hárulnak az államra, így nem lehet a privátautonómia biztosítására szűkíteni (negatív szabadság) az állam feladatát.<sup>375</sup> Stein eme állami feladatot népgazdaság-gondoskodásnak (*Volkswirtschaftspflege*) nevezte, és sok tekintetben azt fejezte ki, amit Forsthoff *Daseinsvorsorge* fogalma. Azaz a *Daseinsvorsorge* – nem rendteremtő,<sup>376</sup> hanem gondoskodó értelemben – így válhat új állami (közigazgatási) feladattá. Ennek értelmében – ahogy Forsthoff írja – „a régi stílusú »beavatkozó közigazgatás« mellé a modern *Daseinsvorsorge* szolgáltató közigazgatása lépett”.<sup>377</sup>

E két területből – beavatkozó és szolgáltató – áll össze a modern állami közigazgatás, de a szolgáltató közigazgatás nem csak az anyag nagysága miatt, de államlegitimációs okból is meghaladja a beavatkozó (rendfenntartó) közigazgatás jelentőségét. Az állam ugyanis egyre inkább nem a rend passzív biztosításával, hanem azon aktív szolgáltatásokkal legitimálja önmagát, amelyeket a polgárok igénybe vesznek, és amelyek nélkül a polgárok nem is

<sup>374</sup> Forsthoff 1938, 39.

<sup>375</sup> Vö. Stein 2010, 123sk.

<sup>376</sup> Forsthoff 1959a, 13.

<sup>377</sup> Forsthoff 1968a, 172.

tudnának létezni. Jens Kersten az elemzésében egyenesen odáig megy, hogy a *Daseinsvorsorge* kapcsán a schmitti értelemben vett „politikai“ (*das Politische*) konstruálásáról beszél – tehát, hogy a *Daseinsvorsorge* lenne a „politikai“ fő megjelenési területe –: „A *Daseinsvorsorge* iránti biztonságigény hozza létre a politikai közösséget.”<sup>378</sup> Tény, hogy a modern állam éppen a *Daseinsvorsorge* okán várhat el elfogadást és engedelmességet a polgárok részéről, és így a rendvédelmi, rendfenntartó hatalom csupán az önfenntartás egyik, rendkívüli esetekben legitimáló eszköze lett. Az állam immáron nem a rendfenntartó hatalma, hanem a *Daseinsvorsorge* révén legitimálja magát: a polgár léte ugyanis a gondoskodó (szolgáltató) közigazgatás szolgáltatásaitól függ.<sup>379</sup> Mindezt talán úgy lehet szemléletesen kifejezni, hogy az állam immáron nem (csupán) a rendőrsége, hanem inkább mondjuk a vízellátás és hasonlóké révén legitimálja magát. ForsthoFF ekként különbözteti meg a közigazgatás két ágát:

„Megkülönböztetjük a beavatkozó közigazgatást a szolgáltató közigazgatástól, és ezzel valójában két eltérő struktúrájú részre szakítjuk a közigazgatási jogot. A rendvédelmi jog [Polizeirecht], ami egykor a közigazgatási jogszolgáltatás lényegét adta, mennyiségileg és minőségileg mellékes jelenséggé vált.”<sup>380</sup>

Miben különbözik e két közigazgatási jogi terület? A klasszikus államelmélet értelmében az állam és a társadalom két szembeállított entitás. Az állam ugyan a társadalom fölé emelkedik, de nem avatkozik be a társadalom (főleg gazdasági) folyamataiba, hanem szabadon hagyja őket – pusztán rendfenntartó közigazgatása révén biztosítja azon kereteket, amelyek között a társadalomban az erők szabad játéka dominálhat. A beavatkozó közigazgatás koncepciója tehát feltételezi az állam és a társadalom különválasztását, az állammentes társadalmat: a társadalom önmagát szervezi meg, és az állam legfeljebb csak akkor vesz ebben részt, (1) ha a saját érdekeit akarja érvényesíteni, vagy (2) ha a társadalmi rend és nyugalom, amely a zavartalan gazdálkodás (azaz a polgári társadalom) alapja, védelemre, megerősítésre szorul. Ez utóbbi feladat a beavatkozó közigazgatásé, amelynek már a neve is mutatja, hogy az állam és a társadalom elvi különválasztásából indul ki, ugyanis az állam csak meghatározott (általában rendkívüli) esetekben jogosult a társadalom folyamataiba beavatkozni. A liberális jogállamban a közigazgatás elsősorban „az állam tevékenysége saját céljainak kielégítésére”.<sup>381</sup> Nemcsak a társadalom volt állammentes, de az állam is társadalommentes, amennyiben is saját céljait követte, a társadalomban pedig hagyta a gazdaság szabadságát

<sup>378</sup> Kersten 2005, 553.

<sup>379</sup> ForsthoFF 1970, 147.

<sup>380</sup> ForsthoFF 1964a, 134.

<sup>381</sup> Mayer 2004, 1.

érvényesülni. A közigazgatás így ekkoriban állami feladat volt, s nem annyira a társadalom, mint inkább maga az állam érdekére irányult. A „beavatkozás” szó is – a két szféra különválasztottságán túl – ezt fejezi ki. A liberális jogállam polgára élvezte a negatív szabadságot. Szabadságát éppen az garantálta, hogy az állam távol tartotta magát a társadalomtól. A rendfenntartásra a biztonság miatt volt szükség, egyébként a társadalom önmagára volt utalva. A polgárok jogi helyzete annyit jelentett, hogy valamennyien azonos elbánásra tarthattak igényt az állam részéről (törvény előtti egyenlőség), az állam azonban nem törekedett tényleges egyenlőségre vagy a létfenntartásra. Az államot a törvény előtti egyenlőség, a társadalmat a gazdasági egyenlőtlenség elve határozta meg. E koncepció azonban nem tud megfelelni azon modern, technikai, elidegenedett világ elvárásainak, amelynek megjelenését ForsthoFF a két élettér megkülönböztetésével fejezte ki.

A közigazgatás feladata mindig a konkrét körülményekből határozandó meg, így reagálnia kell a társadalmi változásokra: „Az állam történetének minden korszaka a közigazgatás új fogalmát hozza elő”.<sup>382</sup> A liberális-pozitivisták jogállamiság korszaka ForsthoFF szerint lejárt, és egy demokratikus tömegtársadalomban az állam nem elégedhet meg annyival, hogy csak rendfenntartás esetén avatkozik be a társadalmi folyamatokba. Ahhoz, hogy egy demokratikus tömegtársadalomban is biztosított legyen a biztonság, a létezés, az államnak intenzívebben és rendszeresítetten kell a társadalmi életben résztvennie. A demokratikus tömegtársadalom működése és fennmaradása függ ettől, ennek révén az állam egyre szociálisabb, a társadalom meg az államtól egyre függőbb lesz. Az az éles határ, amely a liberális jogállamiság szerint az állam és a polgári társadalom között húzódik, elmosódik ebben az esetben. A társadalom zavartalan működése, az egyén létfenntartása több állami beavatkozást igényel, amelyek így immáron nem rendkívüliek, hanem rendszeresítettek. Az állam és a társadalom nincs immár szembeállítva egymással, éppen ezért nem állami „beavatkozásokról”, hanem állami „szolgáltatásokról” beszélhetünk. Az állami szolgáltatás fogalma kifejezi, hogy az állam immáron nem a társadalom ellenpólusa, hanem maga is a társadalmi-gazdasági folyamatok résztvevője:

„Relatív kis területen összejött nagy embertömeg és az embernek ezzel szükségszerűen összefüggő elválasztása a javaktól olyan létfenntartási szükségletet hívott elő, amelyet a közigazgatás csak saját szolgáltatások nyújtásával tudott kielégíteni.”<sup>383</sup>

<sup>382</sup> ForsthoFF 1966, 18.

<sup>383</sup> ForsthoFF 1966, 35.

E szolgáltatások nyújtására a klasszikus liberális jogállam eszközei és intézményei – így akár a pozitív jog – nem alkalmasak, és ezért az állam belép a társadalom, a gazdaság szférájába: az állam a közjónak elkötelezetten olyan jogintézményeket és jogeszközöket használ fel, amelyek korábban a polgári társadalom autonóm résztvevői számára voltak csak fenntartva. A szolgáltató közigazgatás révén a közigazgatás tehát társadalomalakító faktorrá lesz. Maga a szolgáltatás is a magánjogból kölcsönzött kifejezés. A szolgáltató közigazgatás lényege a feladata felől határozandó meg.

#### *IV. 3. 3. 2. A közigazgatás mint állami valóság*

A szolgáltató közigazgatás a modern tömegtársadalomban is biztosítja az állam legitimitását, elfogadottságát. Ennek révén – az államlegitimációs kérdésekben – immáron nem is az alkotmány – mint absztrakt szabály –, hanem a közigazgatás – mint állami valóság – játssza a központi szerepet: a közigazgatás legitimálja, tartja fenn és stabilizálja az államot. Így válik – Forsthoff kifejezésével élve – a közigazgatás „az állam arcává”.<sup>384</sup> Forsthoff ezért, noha maga is államjogásznak tekinthető, a közigazgatás kérdései felé fordult, modván, ott játszódik le az állam valósága: „Mai világunk alkotmányjogi problémái valójában közigazgatási problémák.”<sup>385</sup>

---

<sup>384</sup> Forsthoff 1935a, 331.

<sup>385</sup> Forsthoff 1964a, 131.

## IV. 4. Daseinsvorsorge mint állami legitimáció

### IV. 4. 1. Az uralkodó államtól a szolgáltató államig

Az egyén számára az effektív élettér csak akkor nyitott, ha a saját, önerőből immáron nem uralni tudott élettere államilag védett, biztosított. Ez a *Daseinsvorsorge* feladata, amely így – mint a liberális jogállam esetében a beavatkozó, rendfenntartó közigazgatás – állam-megtartó erővel rendelkezik.<sup>386</sup> A *Daseinsvorsorge* ezért nem csupán egy közigazgatási jogi fogalom, amely új közigazgatási feladatokat fogalmiasít, hanem állam-legitimációs ok is egyben.<sup>387</sup> Az állam ugyanis ezen új közigazgatási feladat révén válik szükségessé ismét az egyén számára: „A *Daseinsvorsorge* nem csupán a közigazgatás elsődleges feladata és kötelessége (...), de elsősorban az állam felhatalmazása a gyenge, függő modern ember felett.”<sup>388</sup> A technikailag fejlett, demokratikus tömegtársadalmiság korában, amikor egyre több embernek az uralt élettere nem elegendő önmaga ellátására, az állam feladata ForsthoFF szerint „a politikai létbiztosítás”,<sup>389</sup> és ezért hangsúlyozta maga is, hogy „[a] *Daseinsvorsorge* minden kérdése (...) szükségszerűen mindig elsőrangú politikai kérdés is.”<sup>390</sup> Az állam ezáltal újabb feladatokat nyer, felelőssége a társadalomért is totalizálódik. A totális állam tehát „a totális felelősség állama” ForsthoFF számára.<sup>391</sup>

A *totális felelősség* – mint az állam új legitimációs indoka – feltételezi az egyének *totális kiszolgáltatottságát*. Az egyén immár önerőből, az uralt életterére támaszkodva nem képes megvédeni és fenntartani magát – ennyiben helyzete a természetes állapot szabadságához hasonlatos –, így olyan autoritásra van szüksége, amely biztosítja (1) a létét az uralt életterén túl, (2) valamint az effektív élettérhez való hozzáférést. A szolgáltató állam végső soron nagyobb hatalomra tesz szert az egyén felett, mint a korábbi uralkodó állam.<sup>392</sup> Ahogy ForsthoFF lakonikusan megállapítja: „az ember nem csak az államban él, de az állam révén is.”<sup>393</sup> Az állam társadalmi beavatkozásai nem időlegesek, nem rendkívüli uralmi eszközök – mint a beavatkozó, rendfenntartó közigazgatás esetében –, hanem rendszerességgé állnak

<sup>386</sup> Meinel 2007, 788.

<sup>387</sup> Scheidemann 1991, 10.

<sup>388</sup> Meinel 2007, 792. (kiemelés eredetiben)

<sup>389</sup> ForsthoFF 1938, 6.

<sup>390</sup> ForsthoFF 1938, 13.

<sup>391</sup> ForsthoFF 1933, 42.

<sup>392</sup> ForsthoFF 1938, 8. et passim.

<sup>393</sup> ForsthoFF 1968, 149.



össze: „Az egyén állammal való érintkezése nem egyedi aktusokban nyilvánul meg. (...) *Állandó állapot*” – vonja le Forsthoff a következtetést.<sup>394</sup>

#### IV. 4. 2. A demokratikus tömegtársadalom legitimációja

A társadalom a modern társadalmiság korában az államon keresztül valósítja meg a céljait. Az állam ugyan jelentős hatalmat nyer ennek révén a társadalom felett, de ez a hatalom annyiban „üres”, hogy tartalmát nem a társadalomtól független állam, hanem a társadalom maga határozza meg. Az állami hatalom megnövekszik – de immáron nem az állam érdekében, hanem az állam különféle társadalmi csoportok eszközévé lesz. Carl Schmitt ezt „gyengeségből totális állammak” vagy „mennyei totalitásnak” nevezte.

##### IV. 4. 2. 1. Az állami kérdések dezideologizációja

Forsthoff szerint a *Daseinvorsorge* miatt az állam és az egyén kapcsolatát leginkább az egyén gyakorlati helyzete és igényei határozzák meg:

„[A polgár] az államhoz való viszonyában kevésbé alapelvek és ideológiák szerint orientálódik; elsősorban nem konzervatív, liberális vagy szocialista, hanem mezőgazdász, importőr, nyugdíjas, nagykereskedő, munkás, háztulajdonos, gyümölcskereskedő stb.”<sup>395</sup>

Az állam tehát immáron nem egy eszme magasabb rendű – társadalom feletti – megvalósulása, objektivációja – mint Hegelnél –, hanem az állam egyre inkább a különféle, a demokratikus eljárásokban megjelenő csoportok, osztályok és az ő képviselőik, pártjaik, szakszervezeteik érdekeit szolgálja. Forsthoff szerint ez oda vezetett, hogy „a modern választó nagyobb mértékben, mint korábban, a saját érdekei szerint orientálódik”.<sup>396</sup> Ennek révén azonban – és ezt a korai etatista Forsthoff sajnálkozva állapítja meg – elvesz az állam önállósága, önértéke, számára ugyanis „az igazi államiság a társadalmi érdekkonfliktusok felett áll”,<sup>397</sup> és nem az egyéni / társadalmi érdekeket szolgálja.

Az, hogy az állam immáron nem eszmei tartalomként jelenik meg, stabilizálja a hatalmat. Ahogy Forsthoff – immáron az ipari társadalmak vonatkozásában – megállapította:

<sup>394</sup> Forsthoff 1966, 71. (kiemelés tőlem – TP)

<sup>395</sup> Forsthoff 1968, 153.

<sup>396</sup> Forsthoff 1971, 91. (kiemelés tőlem – TP)

<sup>397</sup> Forsthoff 1968, 159.

„[A politikai ideológiákat] sokkal inkább alá kell rendelni az államilag összetartott szolgáltató rendszerek elsődleges működési céljának. Ekként újfajta stabilitás jön létre, amely a rendőrség megszokott hatalmi eszközét sem igényli”.<sup>398</sup>

Egy szolgáltató államban senki sem lesz érdekelt például az állam megdöntésében, mert a forradalom nem csak a hatalmat, de vele együtt a létfenntartó szolgáltatásokat is elsöpörné. Ahogy Forsthoff megállapítja: „A modern szociális állam a történelemben az első [olyan állam], amelynek fennmaradása és működése minden egyén személyes, nyilvánvaló érdekében áll.”<sup>399</sup>

#### IV. 4. 2. 2. Totalitás gyengeségből

A polgárainak létéről gondoskodó állam *menyiségileg* egyre nagyobb lesz – azaz *menyiségileg totalizálódik* –, miközben immáron nem önmagáért, hanem különféle társadalmi aktorok hatalmi eszközeként létezik. A társadalom határozza meg az államot, de ez mennyiségileg az állami hatalom növekedésével jár. A pártok, a szakszervezetek, a különféle szövetségek lesznek egyre jelentősebbek, és az államot saját érdekeikre használják fel: ez mennyiségileg növeli, *minőségileg viszont gyengíti* az állami hatalmat.<sup>400</sup> Minden társadalmi ügy – ahogy Schmitt kritikusan állapítja meg – ennek révén potenciálisan állami ügy is lesz egyszerre.<sup>401</sup> Schmitt ezt az államot nevezi „gyengeségből totális államnak”, amely „a pártok és a szervezett érdekek ostromának” nem tud ellenállni,<sup>402</sup> azaz nem önmagában és nem önmagáért áll fenn.

Forsthoff ugyan bírálta eme államot, de az állam társadalmiasulásához maga is hozzájárult, amennyiben is a közigazgatást nem az állam saját céljait megvalósító ténykedésként, hanem társadalmi szolgáltatásként határozta meg. A Daseinsvorsorge ugyanis maga is sok tekintetben egy mennyiségileg totális államhoz vezet: az újszerű közigazgatás totalizálja az állam hatalmát – elvégre senki se tudja és akarja magát az állam hatalma alól kivonni (mert az állami hatalom fennmaradása és tevékenysége társadalmi érdek). Forsthoff mindezt annyiban próbálta meg mérsékelni – vagy elméletileg megakadályozni –, hogy tagadta a szociális államiságnak – a jogállamisághoz hasonló – alkotmányos rangját.<sup>403</sup>

<sup>398</sup> Forsthoff 1971a, 159.

<sup>399</sup> Forsthoff 1970, 147.

<sup>400</sup> A weimari alkotmány kapcsán utólagosan, kritikusan állapítja meg Forsthoff 1971, 17skk.

<sup>401</sup> Schmitt 1988, 151sk.

<sup>402</sup> Schmitt 1958c, 360skk. (Idézet: 362.)

<sup>403</sup> Vö. Forsthoff 1968a, 178skk.

## IV. 4. 3. A totális Daseinsvorsorge

Ernst Forsthoff – noha hozzájárult az állam társadalmiasulásához – elméleteiben egyfajta „kripto-hegelianizmus” figyelhető meg.<sup>404</sup> A Schmitt-tanítvány Forsthoff<sup>405</sup> az államot ideálisan a társadalom felett álló, a társadalmi aktoroktól független és lényege szerint szellemi objektivációnak tartotta, amelynek elsődleges feladata nem a polgárok céljait megvalósítani, hanem a társadalommal szemben saját autoritását és méltóságát fenntartani. E *minőségi totalitás* nem sokszorozza meg a társadalomba való állami beavatkozásokat: egy minőségileg totális állam hagyja a társadalom szabad erőit – Hermann Heller szerint éppen ebben áll a fasiszta állam lényege, amit ő ezért autoriter liberalizmusnak nevezett<sup>406</sup> –, azért, hogy saját erejét és méltóságát tudja a társadalom egészével szembehelyezni.

Ez az állam képes lenne – ahogy a fasiszta jogtudós Pannunzio írja – „a szociális csoportokkal szemben fellépni és a szakszervezeti konfliktusokon urrá lenni”.<sup>407</sup> A fasiszta állam a társadalmi pluralizmussal szemben fogalmazódik meg, és – ellentétben a mennyiségileg totális állammal – nem válik a társadalmi pluralizmus jelentette társadalmi érdekek eszközévé, ami gyakorlatilag a társadalmi demokrácia kiiktatásával jár együtt.<sup>408</sup> Ezen állam totalitása nem a gazdasági szféra állami meghódítása,<sup>409</sup> még kevésbé a különféle társadalmi rész-érdekek, rész-igények kielégítése, hanem az állam megerősítése éppen ezen rész-érdekekkel szemben. A (minőségileg) totális államnak képesnek kell lennie politikai döntést hoznia – schmitti értelemben tehát barát és ellenség között különbséget tennie. A minőségi totalitás schmitti lényege nem abban áll, hogy ledőlnek az állam és a társadalom közötti falak, hanem abban, hogy az állam az állami egységet és társadalomfelettséget veszélyeztető erőket kizárja, azaz gyakorlatilag a plurális társadalmat felszámolja. A társadalom az államnak alárendelt, és a társadalmon belül egység, homogenitás áll fenn. Erwin von Beckerath ezen minőségi totalitás értelmében tekintette „tipikus gondoskodó államnak” a „fascista” államot.<sup>410</sup>

<sup>404</sup> Euchner 1974, 181.

<sup>405</sup> Forsthoff egyetemistaként Carl Schmitt egyik óráján – amely a vadászati jogról szólt – kedvelte meg a jogász szakmát. (Quaritsch 1974, 2120.) Azonban Forsthoff nem vált Schmitt tanítványává, abban az értelemben, hogy elméleteit a schmitti elméletek továbbgondolásaként értékelhetnénk. (Scheidemann 1991, 115skk.).

<sup>406</sup> Heller 1971, 652.

<sup>407</sup> Pannunzio 1934, 23skk.

<sup>408</sup> Heller 1971, 650skk.

<sup>409</sup> A mennyiségileg totális állam célja, hogy az egészséges, azaz a társadalmi részérdekektől függetlenül működő gazdaság szabadságát biztosítsa. (Schmitt 1995, 81.) A mennyiségileg totális állam a gazdaságot védelmezi a társadalmi érdekérvényesítő szervezetekkel (pártokkal szakszervezetekkel) szemben, és ennek értelmében gyakorlatilag egy neoliberalis agendát követ. (Kervégan 2005, 88skk.).

<sup>410</sup> Beckerath 1927, 151.

Forsthoff később elfordult a totális állam elméletétől, a második világháború utáni írásaiban már a közigazgatás demokratizálását, a részvétel fontosságát hangsúlyozta, és elismerte az ipari társadalmak államstabilizációs hatalmát: E társadalmak ugyan nem képesek egységes társadalmat teremteni, de erejük és önállóságuk okán az államra csak kiegészítő feladat hárul (azaz elkerülhető a mennyiségi totalitás).

## IV. 5. Államlegitimáció az ipari társadalom korában

Miközben Forsthoff az alkotmányjogban elvetette a mennyiségileg totális államot, amely tehát túl sok társadalmi feladatot vállal fel és ezért a különféle társadalmi erők játékszerévé válik, a közigazgatási jog területén nagyon is nyitott volt új, dinamikus megoldások, eszközök felé.<sup>411</sup> Ez leginkább azzal magyarázható, hogy ugyan az államot meg akarta őrizni társadalom feletti entitásként – és ezért elvetette a jogállamiság szociális államiságba való továbbgondolását –, de közben mint „érzékeny jogász” – ahogy Peter Häberle jellemezte őt<sup>412</sup> – reagált a változó társadalmi környezetre, amennyiben is ahhoz próbálta meg alakítani a közigazgatási jogot.

A második világháború utáni társadalmi és gazdasági stabilitás során a konzervatív államelmélet is „megengedhette magának”, hogy az államiságot a normalitás felől definiálja – ellentétben Carl Schmitt-tel, akinél a rendkívüli helyzet és annak meg- és feloldása adta az államelmélet központi jelenségét –, de ezen normalitás stabilitását nem az alkotmányjog, hanem a gyakorlatibb kérdésekre közvetlenül válaszoló közigazgatási jog felől közelítette meg és írta le.<sup>413</sup>

### IV. 5. 1. A szociális államiság ellenében

A német Grundgesetz a Német Szövetségi Köztársaságot „demokratikus és szociális szövetségi államként” határozza meg (Art. 20 GG), és a szociális jogállamiság iránt valamennyi szövetségi tagállamnak el kell magát a saját alkotmányában kötelezni (Art. 28 Abs. 1 GG). A német Alaptörvény tehát a jog- és szociális államiság két fogalmát összeköti, noha e két fogalom eltérő történelmi kontextusban született, és eltérő célokat hordoz.<sup>414</sup> A jogállamiság lényege az azonos szabadság (törvény előtti egyenlőség): az egyén és a társadalom szabadságát az állam éppen azáltal biztosítja, hogy – bizonyos működési kereteket ugyan megszabva – lényegileg távol tartja magát mind az egyén, mind a társadalom életétől; ezzel szemben a szociális (vagy jóléti) államiság céljai – amelyek a *Daseinsvorsorge*

<sup>411</sup> Häberle 2002, 5.

<sup>412</sup> Häberle 2002, 5.

<sup>413</sup> Minderről Saage 1983, 15skk. et passim.

<sup>414</sup> Huber 1962, 11skk.

fogalmában is megjelennek – csak állami beavatkozással valósíthatóak meg.<sup>415</sup> Ezen az alapon – azaz a két jelenség eltérő céljai és eszközei miatt – vetette el Forsthoff a német Alaptörvényben alkotmányos célként meghatározott szociális jogállamiság lehetőségét.<sup>416</sup> Tagadta tehát annak lehetőségét, hogy egy állam egyszerre lehessen jogállami és szociális. Forsthoff elméleti igyekezete arra irányult, hogy a jog- és szociális államiség egyidejűségének és azonos értékűségének cáfolatával elválassza egymástól az állam alkotmányos és közigazgatási cselekvési szintjeit. A jogállamiság az alkotmányjog területe, annak alapelve, míg a szociális államiség legfeljebb egy közigazgatási cél lehet, azaz nem alkotmányos alapelv, hanem a közigazgatás egyik lehetséges feladata, ugyanis – ahogy Forsthoff írja – „egy alkotmány nem lehet szociális törvény”.<sup>417</sup> Forsthoff tehát nem dobja ki a szociális államiséget, csupán rámutat arra, hogy alkotmányos alapelvként való megfogalmazása veszélyeket (az állam mennyiségi totalizálását) és így a jogállam lebontását eredményezheti. Alkotmányos rendezőelvként így csak a jogállamiságot tartja meg, mert szerinte az biztosítja az állam társadalomfelettségét is. Mindez azonban nem jelenti azt, hogy egy gazdaságilag felfelé ívelő, sokféle társadalmi érdeket előhozó modern ipari társadalomban ne lenne az állam gyakorlati feladata a szociális biztonság, a minimális megélhetés, a társadalmi érdekek közötti kiegyensúlyozás biztosítása. Milyen problémákat vehetünk azonban észre e forsthoffi szétválasztáson, és miként magyarázhatóak ezek?

#### *IV. 5. 1. 1. A forsthoffi jogállam-fogalom problémái*

Forsthoff már az 1930-as években azzal a céllal vezette be a közjogba a *Daseinsvorsorge* fogalmát, hogy azáltal egy olyan új közigazgatási jogi szemléletet honosítson meg, amely az egyének valós problémái felé fordul. E koncepcióját a megmerevedett pozitívista közigazgatási jog ellenében dolgozta ki. Éppen ezért felettébb meglepő, hogy miközben a közigazgatási jog területén a pozitívizmust meghaladni kívánta, az alkotmányjogban hű maradt a pozitívizmushoz. Míg a közigazgatási jogot „kinyitotta” a metajurisztikus problémák és jelenségek előtt, addig az alkotmányjog területén arra törekedett, hogy a jogállamiság klasszikus, liberális, pozitívista, minimalista koncepcióját megóvja a társadalmi behatásoktól, a metajurisztikus tendenciáktól. Ezen okból utasította el Forsthoff azon alkotmánybíráskodási modellt, amely külsődleges (valamely politikai filozófiától kölcsönzött) értékeket egy zárt

<sup>415</sup> Huber 1962, 21.

<sup>416</sup> Forsthoff 1968a, 178sk.

<sup>417</sup> Forsthoff 1968a, 180.

érték-logikai rendszerben „kényszerítene” a jogrendszer egészére.<sup>418</sup> A jogalkalmazás metodológiai fellazítását is bírálta, mert e téren is hű maradt a pozitivista jog(alkalmazás)-modellhez.<sup>419</sup> Önmagában azonban a *Daseinsvorsorge* fogalma és feladata is elhelyezhetetlen az állami feladatok között, ha nem nyitjuk fel a pozitivista jogállam-fogalmat. Forsthoff maga is beismeri egy helyütt, hogy „az állam teljesítménye a Daseinsvorsorge területén [...] a modern államot szükségszerűen szociális állammá teszi”.<sup>420</sup>

Forsthoff azonban elméleti munkásságában úgy tesz, mintha nem lenne közös alkotmányjogi pont a jog- és a szociális államiság között. Ernst Rudolf Huber ezzel szemben a különbséget nem lényeginek, hanem időbelinek tartja, ugyanis a két állam-koncepció eltérő társadalmi modelleknek felel meg: a jogállam a polgári társadalom állam-modellje, a szociális állam pedig az ipari tömegtársadalomé.<sup>421</sup> Szükséges tehát, hogy a társadalmi változások az alkotmányjog szintjén is megjelenjenek,<sup>422</sup> és ezért lehetett szükséges, hogy a német Alaptörvény egyszerre emeli mindkét állam-modellt közös alkotmányjogi alapelvvé. A szociális jogállamiság – a szociális jelző beemelésével – éppen azon társadalmi integrációt szolgálja,<sup>423</sup> amit Ernst Forsthoff még egykoron a totális állam-modelljével is megvalósítani akart. Ennek értelmében Forsthoff nem veszi észre, hogy a szociális államiság és a jogállamiság egymást kiegészítve lehetne egy modern ipari tömegtársadalom alkotmányos alapelvévé. A szociális tartalom nélküli jogállam legalista formalizmust eredményezne csak, míg egy jogállami fékek és ellensúlyok nélküli szociális állam kollektivistá állammá fajulna. A jogállam materiális magja adja a szociális államiságot.<sup>424</sup>

#### IV. 5. 1. 2. A szociális államiság elutasítása az alkotmányos szinten

A szociális államiságot azért bírálta Forsthoff, mert abban a társadalom eszközét látja arra, hogy hatalmába kerítse az államot; az igazságszolgáltatási államot, főleg az alkotmánybíráskodást pedig azért vetette el, mert úgy véli, a bírói hatalom olyan külsődleges korlátot jelent, ami korlátozná az állami szuverenitást. Mindkét esetben tehát az államot mint önálló, társadalomfeletti, szuverén egységet védelmezi. Az alkotmánybíráskodás modelljében egész egyértelműen azt vitatja, hogy az a politikai problémákat jogiasítja, és így azok megoldása immáron nem az állami szuverén akarat döntése lenne – ahogy azt Carl Schmitt

<sup>418</sup> Vö. Forsthoff 1964b, 182.

<sup>419</sup> Vö. Forsthoff 1959b, 41., 55. et passim; Forsthoff 1964b, 183., Forsthoff 1971, 68.

<sup>420</sup> Forsthoff 1968, 148.

<sup>421</sup> Huber 1962, 11ff.

<sup>422</sup> Huber 1962, 23.

<sup>423</sup> Huber 1962, 13.

<sup>424</sup> Bachof 1954, 39. et passim.

gondolja<sup>425</sup> –, hanem az állami akarat korlátja. Különösen azon alkotmányos értékeket vetette el Forsthoff, amelyeket az alkotmánybíróságok – mintegy az állami akarral szemben – kényszerítenek ki. Amikor Forsthoff az alkotmány alkotmánybíráskodás általi vélt ideologizálása ellen polemizált – azt állítva, hogy ennek révén mindenki számára nyitottá válnak az alkotmányos viták<sup>426</sup> –, az állam eltársadalmiasítása (Vergesellschaftung) elleni küzdelmét folytatta.

Ulrich Storost azonban más nézőpontból értelmezi a (jogállam-centrikus) alkotmány és a (szociálisállam-centrikus) közigazgatás éles megkülönböztetését, amely Forsthoffnál valóban a jogállamiság és a szociális államiság szembe állításában csúcsosodik ki. Storost szerint Forsthoff nem arra törekszik, hogy az állam totalitását és önállóságát a szociális államiságtól leválasztott jogállamiságba gondolja tovább – amint a fenti kritika feltételezte –, hanem éppen ellenkezőleg: Forsthoff azért hangsúlyozza a két állam-koncepció különállását, hogy a szociális kérdésekkel foglalkozó, dinamikus közigazgatás (ekként a szociális államiság megnyilvánulása) ne csúszhasson át egy erős, cselekvő, jogállamilag nem kötött államiságba.<sup>427</sup> Forsthoff eszerint a jogállamiság révén akarná korlátozni a szociális államiságot, ami különben totális állammá fajulhatna.

#### IV. 5. 2. Társadalmi Daseinsvorsorge mint állam nélküli rend

A Daseinsvorsorge közigazgatási feladata igen jelentős hatalmat biztosít az államnak a polgárai felett, ami visszaélésekhez is vezethet.<sup>428</sup> Ezért fordult el később Forsthoff maga is saját kezdeti koncepciójától, a (minőségileg) totális államtól, és szorgalmazta a Daseinsvorsorge demokratizálódását, sőt társadalmiasítását, ugyanis ezektől remélte elkerülhetni a mennyiségileg totális állam kialakulhatóságát.

##### IV. 5. 2. 1. A Daseinsvorsorge demokratizálódása

Forsthoff tehát maga is felismerte, milyen veszélyeket – főleg az állam mennyiségi totalizálódásának veszélyeit – rejthet magában az állami Daseinsvorsorge. Amint fentebb írtuk, a Daseinsvorsorge alapélménye, ami aztán a közigazgatási jog megújításának célját is

<sup>425</sup> Schmitt 2004, 13.

<sup>426</sup> Forsthoff 1971a, 68sk.

<sup>427</sup> Storost 1984, 187sk.

<sup>428</sup> Forsthoff 1958, 9.



kifejezte, éppen a polgár elidegenedése, az uralt élettér csökkenése. Ezt azonban nem az állami hatalom növelésével, kiterjesztésével lehet orvosolni. Ha ugyanis az egyén léte egy hatalmas államtól és annak szolgáltatásaitól függ, tovább fokozódik az elidegenedése, egyben egyéni felelősségérzete is csökkeni fog. Forsthoff ezért javasolta, hogy ne állami, hanem kommunális feladat legyen a *Daseinsvorsorge*. A kommunális *Daseinsvorsorge* egyben a közigazgatási feladatok demokratizálódását is eredményezi: „Minél közelebb áll a polgár a közfeladathoz, annál nagyobb a lehetőség arra, hogy a polgár annak megvalósításában részt vállalhasson, és így az elidegenedést feloldhassa.”<sup>429</sup>

#### IV. 5. 2. 2. A *Daseinsvorsorge* társadalmiasítása

Forsthoff utolsó nagy műve, amiben számot vet a második világháború vége óta végbement változásokkal, az ipari társadalom államát tárgyalja. E könyvben (1) összefoglalja az állam- és közigazgatási jogi elméleteit, és (2) megbékél a *Daseinsvorsorge* társadalmiasításával, ami a német gazdasági csoda és az azzal együtt erősödő politikai normalizáció jele. Ez egy jelentős fordulat a forsthoffi életműben – de a német államtan számára is. A weimari időkben az államjogi érdeklődés – főleg a konzervatív államjogászok részéről – a kivételes helyzet kérdéseire irányult, mert az állam folyamatosan ki volt téve annak, így fontos, gyakorlati jelentőséggel bírt a kivételes helyzetek elemzése és megoldása. Éppen ezért az államiság egészét a kivételes helyzet felől ragadták meg. A politikai – azaz minőségileg totális – állam, amely képes barát és ellenség között különbséget tenni, vagy a forsthoffi totális állam, amely a társadalmat az állam alá rendeli, a permanens kivételes állapotból kivezető megoldási javaslatok voltak. A stabilitást tehát a kor államjogászai a kivételes állapot *eldöntéseként* képzelték el.

A második világháború után viszont olyan időszak kezdődött, amikor a (német) állam – nem csupán a weimari hibákat elkerülő Grundgesetz, de még inkább a gazdasági csoda következményeként – stabilizálódni tudott. Már 1959-ben ezért Forsthoff felismerte, hogy az államra csak „kiegészítő feladat” hárul a társadalom stabilizálása tekintetében.<sup>430</sup> Ennek okán persze hiányzott a német állam társadalom-feletti önállósága, mert stabilitása „az ipari társadalomtól kölcsönzött” volt.<sup>431</sup> Ez azonban végső soron ugyanahhoz a stabilitáshoz vezetett, amit a weimari alkotmánytan még egy erős államtól remélt elérhetni. Az hogy az

<sup>429</sup> Forsthoff 1958, 21skk.

<sup>430</sup> Forsthoff 1959a, 21.

<sup>431</sup> Forsthoff 1971, 54skk.

ipari társadalom nem akar, de nem is tud állami autoritást teremteni,<sup>432</sup> a normalitás időszakában kevésbé volt gyakorlati értelemben zavaró. A szuverenitás és a kivételes állapot kérdései lekerültek így a napirendről, mert megelégedtek az ipari társadalom *tényleges* stabilitásával, anélkül hogy annak államelméleti garanciáiról gondolkodtak volna. Carl Schmitt weimari kérdései a bonni köztársaságban látszólag elvesztették gyakorlati aktualitásukat – ezáltal az NSZK nem volt felkészülve a kivételes állapotra, így stabilitása a normalitás fennmaradásától függött.

Forsthoff mindezt látva elméleti kompromisszumot kötött, amennyiben is az állam társadalmiasulását már nem vetette el, hanem az egész állami legitimitást és stabilitást a társadalomból vezette le. Ez azzal magyarázható, hogy míg a weimari időkben a társadalom, amennyiben is a részérdekeit az állam révén akarta érvényesíteni, gyengítette az államot, addig a bonni köztársaság ipari társadalma – ami már nem a pártok és szakszervezetek weimari időkből megismert, részérdekekre szakadt társadalma volt – stabilizátorként hatott,<sup>433</sup> és ezért képes volt az államtól a *Daseinsvorsorge* feladatát is átvenni, ezzel csökkentve a mennyiségileg totális állam kialakulhatóságának veszélyét.

Az ipari társadalom azonban nem képes a kivételes állapottal szemben hatni, mert legitimitását a *tényleges* normalitásból nyeri – ellenkezőleg a schmitti állam-koncepcióval, amely éppen a kivételes helyzetben mutatja meg erejét. Azaz az ipari társadalom legitimitása és stabilitása a gazdasági jóléttől, például a teljes foglalkoztatottságtól függ.<sup>434</sup> De ha egy gazdasági válság esetén e *tényleges* feltételek megszűnnek, az állam védtelenül áll a kivételes helyzettel szemben. Az ipari társadalom örökké tartó jólétének illúziója kiszorította az államjogi gondolkodás homlokteréből a kivételes állapot lehetőségét.

---

<sup>432</sup> Forsthoff 1971, 131.

<sup>433</sup> Saage 1983a, 194sk.

<sup>434</sup> Saage 1983, 26.

## V. Az intézmény mint a pozitív jogi kategóriák meghaladása és az intézményvédelem mint a metapozitivisták alkotmányvédelem a német jogban

A weimari alkotmány alapja – ahogy a mostani német Grundgesetz is – a jogállam melletti politikai döntés volt. Ez abban nyilvánult meg, hogy az alapjogok (Grundrechte) adták és adják az alkotmány lényegét. Az alapjogok fejezték ki az állam célját és feladatát. Ezen alapjogok – legalábbis a liberális modell értelmében – nem az állam alkotásai, hanem az állam korlátai, azaz az állam elismerni tartozik őket. Egy állam azonban nem csak alapjogokból és szabadságokból áll, hanem olyan intézményekből is, amelyek az állam kontúrjait adják, és amelyek az alkotmányt önmagában védik. Az intézmények révén a pozitív jogi szabályok szélesebb jelentést, jelentéstartalmat nyerhetnek. E fejezetben ezen intézményekről lesz szó. Mivel a mai napig nincs egyértelmű intézmény-definíciónk, (1) először röviden az intézmény-koncepciót mutatjuk be, (2) hogy aztán az utóbbi alapján az intézményi garanciák jogelmélete felé fordulhassunk. (3) A jogtudományon belül általában ritka, hogy valami egészen újat, *ex nihilo* találjanak ki, ezúttal mégis Carl Schmitt érdeméért kell megneveznünk, hogy az intézményi garancia tanát a jogtudományi diskurzusba bevezette. Éppen ezért részletesen ismertetjük Schmitt ezirányú munkásságát. (4) Schmitt ezen tanát – néhány kivételtől eltekintve<sup>435</sup> – igen gyorsan recipiálta a weimari jogászság, ezen továbbgondolásokat is bemutatjuk. (5) Az intézményi gondolkodás nem csupán egyfajta alkotmányvédelmet jelent, hanem a hagyományos jogi fogalmiság áttörését is, éppen ezért különösen a nemzetiszocialista jogtudományban – főleg Carl Schmitt és Karl Larenz részéről – az ún. intézményi gondolkodás a klasszikus-pozitivisták Begriffsjurisprudenz alternatívájaként jelent meg, éppen ezért az intézményi garancia tana kapcsán „a konkrét rend-gondolatáról” és a „konkrét-általános fogalmakról” is szólnunk kell. (6) Végül pedig röviden arra is kitérünk, miként jelent meg a tan az NSZK jogi diskurzusaiban ismét.

Az intézmény-gondolat története arra is példa, hogy miként tud a jogtudomány a pozitív jog által nem megoldott problémákra – amennyiben kilép e pozitív jog keretei közül – megoldásokat találni. De egyben bizonyítja azt is, hogy sikeres megoldást sohasem lehet tartósan a pozitív jogot meghaladva (avagy egyes megközelítésben: *contra legem*)

<sup>435</sup> Fritz Stier-Somlo volt a weimari korszak egyetlen nevesebb jogtudósa, aki elutasította a tant. Számára Schmitt elmélete nem volt más, mint kísérlet weimari alkotmány tényleges jelentésének megkerülésére. (Stier-Somlo 1929, 170-171., FN 24)

„kiértelmezni“, hanem szükség van e megoldás pozitíválására – amint a weimari alkotmány hiányosságaiból okulva erre a bonni Alaptörvényben sor is került.

## V. 1. Intézményi gondolat

Az alábbiakban az intézmény és az intézményi garancia tanát mint a pozitív jog által nem megválaszolt problémák metapozitív megoldásainak egyik példáját mutatjuk be. A gondolat lényege, hogy a jogszabályokból intézmények – azaz védendő tartalmak – értelmezhetőek ki, amelyek a törvényhozás, de akár egyes esetekben az alkotmánymódosítás elől is védhetnek olyan szabályösszességeket, amelyeket amúgy – ha csupán a pozitív jog szabályaihoz lenne kötve a jogalkotó – módosítani lehetne jogalkotás (törvényhozás, alkotmánymódosítás stb.) útján. Az intézmény bizonyos jogszabályi területeket foglal össze, az intézményi garancia pedig ezek védettségét biztosítja. A tan leginkább a német jogtudományban a weimari köztársaság idején alakult ki – mind kialakulásakor, mind fejlődésében különféle definíciók és elméletek jelentek meg az intézmény lényegét és a garancia tartalmát, terjedelmét illetően. E fejezetben főleg Carl Schmitt ezirányú munkássága kapcsán mutatjuk be, miként tudja a jogtudomány átvenni akár a jogalkotó által (tudatosan vagy sem) elfelejtett, nem kielégítően megoldott feladatokat.

### V. 1. 1. Savigny tana

A jogtudományban az intézmény-tan voltaképpen Savigny munkássága révén jelent meg, aki a római jogot – ahol ugyebár az *institutio* kezdetben didaktikus, később rendszerező jellegű fogalom volt – akarta újrászervezni, azzal a céllal, hogy az áthagyományozódott jogot ne önkényesen és ne tetszőlegesen kodifikált törvénykönyvekkel váltsák le. Savigny tekinthető tehát az intézményi tan kezdetének.<sup>436</sup> Savigny azon történeti érveléssel utasítja el a kodifikációt, miszerint a jog nem *in abstracto* keletkezik, hanem egy történelmileg legitimált hagyományból nő ki. Savigny a jog és a nyelv között vont párhuzamot, mondván, mindkét jelenség organikusan alakul, fejlődik.<sup>437</sup> Ahogy a nyelv, úgy a jog se hagyja magát eszerint mesterségesen alakítani, hanem részei egy élő, dinamikus hagyománynak. A kodifikáció nem más, mint mesterséges kilépés a hagyomány folyamatosságából, ekként éppen nem dinamikus, hanem statikus tett. Savigny számára a jogtételezés nem egy önkényes akarat nyilvánulása, hanem a jog belső struktúráira utal, amely a népszellemből – ahogy írja: „a

<sup>436</sup> Röhl 1990, 371.

<sup>437</sup> Savigny 1840, 15.

mindenkiben egyaránt munkálkodó népszellem megnyilvánulásából<sup>438</sup> – táplálkozik. A jogi normák természetesen Savignynél is tételezett akarati aktusok, de csak a jogintézmények révén nyerik el „mély alapjukat“, „organikus természetüket“. <sup>439</sup>

Miközben a pozitivizmus számára a jogtételezés egy akarati aktus, amelynek tartalma tetszőlegesen változtatható – a jog tehát gyakorlatilag a törvényalkotó erejéből születik (jogerejét a törvényhozó politikai ereje adja) –, Savigny a jogtételezést olyan közös folyamatnak tartja, amely öntudatlan és organikus. A nép homogenitása miatt – vagy ahogy Savigny írja: „a szellemi közösségiség“<sup>440</sup> okán – a nép „egy és ugyanazon jogot“ ismerné fel, mégpedig „szükségszerűen“. <sup>441</sup> Ezen folyamat zajlana a jogintézmények révén, amelyek tehát jogilag ragadnák meg a népszellemet; a jogi öntudatra ébredt népszellem nem absztrakt, tételezett, önkényes szabályokban élne, hanem „a jogintézmények élő valóságában“, ezekben találná meg a nép önnön „organikus összefüggését.“<sup>442</sup> A jogrend így Savignynél nem más, mint a jogintézmények organikus egysége.

[8. ábra]

*Savigny – Hauriou összehasonlítás*

	<i>Jogforrás</i>	<i>intézmény</i>
<b>Savigny</b>	népszellem → (kollektivistika koncepció)	→ konkretizációjuk a jogintézményben (jogi kategóriák)
<b>Hauriou</b>	eszme / eszme hordozója → (individualista koncepció)	→ intézményesedés (társadalmi kategóriák)

<sup>438</sup> Savigny 1840, 15.

<sup>439</sup> Savigny 1840, 9.

<sup>440</sup> Savigny 1840, 19.

<sup>441</sup> Savigny 1840, 14.

<sup>442</sup> Savigny 1840. 16. et passim.

## V. 1. 2. Hauriou tana

Miközben Savigny a népszellemből vezeti le az intézményeket, és ezáltal azok nála egyfajta kollektivisták jellegét nyernek, Hauriou az intézményeket (1) először is a jog forrásainak, (2) másodsorban az intézményesedést a társadalmilag meghatározott jogkeletkezés értéksemleges, egyéni folyamatának tartja. Hauriou egy szociológiailag megalapozott jogontológiát állít fel, ahol az intézmények adják a társadalmi rend magját és alapját.<sup>443</sup> E társadalmi rend jogilag rendezett, de ez – ellentétben Savignyval – nem azt jelenti, hogy az intézmények maguk is jogi természetűek lennének. Az intézmény Hauriounál nem a jog, hanem az a társadalmi forma, amelyben egy eszme – amelyet ráadásul nem a társadalom, hanem az egyén (valaki) hordoz – az erőszak és a társadalmi megerősítés révén megnyilvánul.<sup>444</sup> Ezen eszme persze jogi formában is megjelenhetne, de Hauriou intézményelmélete nem jogtan, hanem a jogkeletkezés (jog)szociológiai leírása.<sup>445</sup>

Hauriounál az intézmények „a tartósság, az állandóság, a valóságosság kategóriái”.<sup>446</sup> Számára az intézmények nem holmi népszellem megnyilvánulásai. Mivel Hauriou objektív idealista volt – a platóni és tomista tan gyakorolt jelentős hatást gondolkodására<sup>447</sup> –, az intézményeket az ideák világában helyezte el. Az intézményben egy objektív eszme jelenik meg, ami akaratunktól függetlenül létezik,<sup>448</sup> s csak akkor tud megjelenni, érvényre jutni, ha egy konkrét egyén fel- és elismeri, erővel érvényesíti. Az eszme léte ugyanis nem függ attól, hogy érvényesítik-e, felismerik-e; az érvényesítés csupán az eszme hatását érinti. Ennek megfelelően az intézmény három elemből áll Hauriounál: (1) az objektíve adott eszméből, (2) az eszme „szolgálatában” álló hatalomból, erőből, és (3) a közös társadalmi kifejeződésből, megerősítésből,<sup>449</sup> ami azonban nem kollektív esemény, hanem egyéni felismerések összessége.<sup>450</sup>

Hauriounál is ekként – mint Savignynál – az intézmények egyértelműen állam-előttiek.<sup>451</sup> Az állam is ugyan intézmény, de a többi intézmény nem tőle függ. Az állam védi a többi intézményt, míg őt magát – mármint az államot – az alkotmány védi, biztosítja.<sup>452</sup> Azaz az

---

<sup>443</sup> Jennings 1968, 110skk.

<sup>444</sup> Hauriou 1965, 34skk.

<sup>445</sup> Mainzer 2003, 43.

<sup>446</sup> Hauriou 1965, 27.

<sup>447</sup> Friedrich 1963, 9.

<sup>448</sup> „A valóságban az eszméket nem lehet kigondolni, hanem azokra rátalálunk.” (Hauriou 1965, 39.)

<sup>449</sup> Hauriou 1965, 35skk.

<sup>450</sup> Friedrich 1963, 19.

<sup>451</sup> Friedrich 1963, 50skk.

<sup>452</sup> Friedrich 1963, 54.

intézmény állam-előtti – léte nem az államtól függ –, az állam maga pedig alkotmány-előtti: az alkotmány a már meglévőnek ad keretet. Az intézmények autonóm jelenségek, és ekként nem állami normakomplexusokat jelentenek, hanem a jog forrását adják. Ebből következik, hogy az intézmények Hauriounál érinthetetlenek, és hasonló pozíciót élveznek az állammal szemben, mint Carl Schmitt korai alkotmánytanában az alapjogok.<sup>453</sup>

[9. ábra]

Hauriou-Schmitt-összehasonlítás

<b>Hauriou</b>	<b>intézményi garancia tana (korai C. Schmitt)</b>
szociológiai tan	jogi tan
állam-előtti intézmények	államilag tételezett intézmények
jogszületés leírása	az alkotmány egységét és védelmét biztosító értelmezési mód

---

<sup>453</sup> Mager 2003, 139.



## V. 2. Az intézményi garancia tanának kidolgozása

### V. 2. 1. Alapjog-felfogások

A német császárság idején, a jogpozitivizmus értelmében az alapjogok a közigazgatással szembeni törvényi fenntartások (*Vorbehalte*) voltak. A közigazgatásnak a törvények szerint kellett tevékenykednie – mint a IV. fejezetben láttuk: ezért nem is feladat-, hanem szabály-orientált volt –, és az egyén jogi pozícióját az biztosította, hogy a közigazgatásnak tartania kellett magát a törvényekhez.<sup>454</sup> Eszerint az egyén az államnak volt alárendelve, de az államot viszont kötötték a törvények.<sup>455</sup> Azonban a törvény az állam akarata volt, márpedig az állam akaratát nem kötötte semmi sem (elvégre emberi jogok vagy alkotmányosság még nem ismert jogi fogalmak voltak); a közigazgatásnak persze az államilag tételezett alapjogokhoz kellett tartania magát: „Az intézményi szabadságjogok az állam közigazgatási tevékenységének korlátai.”<sup>456</sup> E felfogás a császárkorban annyira elfogadott volt, hogy híres jogi tankönyvükben Anschütz és Meyer az alapjogok kérdését a közigazgatási jog leírásánál tárgyalta. Az alapjogok eszerint a közigazgatást, de nem a törvényalkotót kötötték, mivel – ahogy Gerhard Anschütz írta más helyütt – „az alapjogok a törvényszerű közigazgatás elvének klasszikus kifejezései, de nem a törvényalkotási tárgyak felsorolása”.<sup>457</sup> Az alapjogok tehát nem a törvényhozás korlátai voltak, a törvényhozás tárgyait nem érintették, ugyanis a pozitivista tan értelmében az állami akaratot nem kötheti semmilyen jogon kívüli entitás. Éppen ezért állítható, hogy a pozitvizmust erősen meghatározza egyfajta voluntarizmus.<sup>458</sup>

A weimari birodalmi alkotmánnyal (WRV) radikálisan megváltozott e felfogás, elvégre az alkotmány második fejezete – az alapvető kötelességek mellett – az alapvető jogokról szólt. Ennek értelmében az alapjogok már nem csak a közigazgatással szembeni törvényi fenntartást jelentették, de egyben a törvényalkotót is korlátozták, amennyiben – még ha ez ilyen egyértelműen nem is mondatott ki a weimari alkotmányban – az alapjogok alkották az állam lényegét, és ezért a törvényhozással szemben is védelmet élveztek. Ez mindenképp forradalmi újítás, az alapjogok egészen újszerű megközelítése volt, amely addig ismeretlen volt a német

<sup>454</sup> Mager 2003, 7.

<sup>455</sup> Anschütz – Meyer 2005, 946. et passim.

<sup>456</sup> Anschütz – Meyer 2005, 956.

<sup>457</sup> Anschütz 1912, 98.

<sup>458</sup> Schmitt 1993, 27skk.

alkotmányjogban és jogtörténetben.<sup>459</sup> A weimari alkotmány révén az alapjogok *államalapító* rangot nyertek: a weimari alkotmány lényegét adták. Ennek értelmében a törvényalkotó csak az alapjogok szabta keretek között lehetett aktív: ez – amint Carl Schmitt hangsúlyozta különösképpen – azt is jelentette egyben, hogy ugyan az alkotmányozó és törvényhozó hatalom azonossága<sup>460</sup> okán tulajdonképpen egyszerű törvényalkotási eljárás keretében (Art. 76 WRV) lehetséges volt az alkotmány módosítása, de az nem érinthette az alapjogokat.<sup>461</sup> Az alapjogok ugyanis olyannyira az alkotmány lényegéhez tartoztak, hogy egyszerű alkotmánymódosítással – még ha a törvény pozitivista értelmezése elvileg erre lehetőséget is adott volna – nem voltak megváltoztathatóak, pláne kiüresíthetőek.

Carl Schmitt volt az, aki észrevéve a problémát, hogy elvileg kétharmados többséggel az egész alkotmány pusztán alkotmánymódosítás útján újraírható, az alapjogok lényegi, változtathatatlan jellegét hangsúlyozta. Minden alkotmány alapját, lényegét – fejtette ki – bizonyos elvek adják,<sup>462</sup> amelyeket alkotmánymódosításokkal nem lehet érinteni, mert ahhoz már új alkotmányra lenne szükség. A weimari alkotmány 76. cikkelye, amely az alkotmány korlátlan módosítását tette volna lehetővé, Schmitt szerint nem lehet az alkotmány szétrombolásának eszköze.<sup>463</sup> A weimari alkotmány maga azonban nem védte magát ilyen esetektől, nem állított fel kötelező értékhierarchiát az alkotmány tartalmán belül: ez inkoherenciát és védtelenséget eredményezett az alkotmány által megformált rend egésze számára. Az inkoherenciát Schmitt különösen abban látta, hogy az alkotmány második fejezetével – amely egyértelmű érték döntést tartalmaz – egy értéksemleges (politikai-államszervezeti kérdéseket tárgyaló) első rész áll szemben.<sup>464</sup> Carl Schmitt ezen meglátását azonban nem osztották a továbbra is pozitivisták:<sup>465</sup> ők ugyanis abból indultak ki, hogy az alkotmánymódosítás előtt semmiféle alkotmány-feletti korlát nem lehet, és ezért – elvégre a szöveg is így szabályozott – *gyakorlati alkotmányozáshoz* is vezethet.<sup>466</sup>

Carl Schmitt, amint még ezt látni fogjuk, megpróbálta az alkotmány (tehát az alkotmányozó döntésből származó társadalmi-politikai összállapot) és az alkotmánytörvény közötti különbségtétel révén megvédeni az alkotmány lényegét az alkotmánymódosításoktól. E schmitti tant azonban elutasították a pozitivisták, mert szerintük – ahogy például Richard Thoma írta – e különbségtétel – holmi metapozitív „alkotmányra” hivatkozással – leértékeli a

<sup>459</sup> Hammer 2000, 61.

<sup>460</sup> Mainzer 2003, 60.

<sup>461</sup> Schmitt 2003, 177. et passim.

<sup>462</sup> Schmitt 1932, 60f.

<sup>463</sup> Schmitt 1932, 50.

<sup>464</sup> Schmitt 1932, 44. et passim.

<sup>465</sup> Schneider 1953, 216.

<sup>466</sup> Kröger 1990, 303.

konkrét alkotmánytörvényt, a pozitív alkotmányszöveget.<sup>467</sup> Schmitt a pozitivisták vádjai szerint a törvényt szembeállítja – ahogy azt az első fejezetben bemutatuk – egyfajta metapozitív „joggal”. Schmitt tana politikai felhangot is nyert, amennyiben a védendő alkotmányt mint politikai döntést (és annak tartalmát, célját) állítja szembe a konkrét, tételezett alkotmánytörvénnyel. Ez az ellentét aztán a weimari köztársaság végóráiban meg is mutatkozott, amikor Schmitt az eredeti politikai döntés (azaz a weimari alkotmányos rend és tartalma) érdekében akár az alkotmánytörvény megsértését, félretolását is elfogadhatónak érezte volna (elvégre egy ilyen koncepció megfelelt volna az általa kidolgozott kommisszárius diktatúra jelenségének is). A pozitivisták azonban nem tudtak mit kezdeni ezen elméletekkel, számukra ugyanis a jog az, ami a törvényben van, így értelmezhetetlen volt számukra a törvény szövegének és szellemének schmitti szembeállítása. Éppen ezért Thoma sem értette, miért ne változtathatná meg teljesen az alkotmányt a törvényhozó, ha erre a tételezett jog alapján minden lehetősége amúgy megvan:

„Carl Schmitt tárgyalt elmélete elutasítandó és kiderül, hogy a birodalmi alkotmány valamennyi tétele, az alapjogokat érintő tételei is a 76. cikkely értelmében megfelelő többségű birodalmi törvénnyel jogsértés nélkül megváltoztathatóak, hatálytalaníthatóak.”<sup>468</sup>

Ezen voluntarista-pozitivistá felfogással értelemszerűen összeegyeztethetetlen volt az állam-előtti, állam-feletti alapjogok gondolata, elvégre pozitivistá nézőpontból érthetetlen, hogy amennyiben nincs egyértelműen jogszabályilag tiltva, miért ne lehetne alkotmánymódosítással az egész alkotmányt újraírni. Mivel a weimari birodalmi alkotmány nem határozta meg tételes jogilag a maga korlátait, a pozitívizmus elvetette azt a schmitti ötletet, hogy az alkotmánymódosítás korlátozott legyen. Az alkotmány belső inkohereciája és az alkotmányvédelmet biztosítani tudható paragrafus hiánya értelemszerűen kedvezett egy ilyen pozitivistá értelmezésnek, amint arra Schmidt-Jortzig, összehasonlítva a weimari és a bonni alkotmányokat, rámutatott:

„Hiányoztak az egyértelmű előírások (mint manapság a Grundgesetz 79. cikk 1. szakasza), hiányzott az alkotmánytartalmi minimum megállapítása (mint manapság a Grundgesetz 79. cikk 3. szakasza), és önmagában hiányzott a törvényhozási többség rendszerszerű korlátozása...”<sup>469</sup>

<sup>467</sup> Thoma 1929, 44sk.

<sup>468</sup> Thoma 1929, 43.

<sup>469</sup> Schmidt-Jortzig 1979, 14sk.

Ha egy jogász a weimari köztársaságban nem akarta e helyzetet elfogadni, és az alkotmány inkohereciájából és védtelenségéből mégis biztos és biztosított, rendszerezett rendet akart teremteni, akkor jogtudományilag – a pozitivizmust meghaladva – kellett „pótolnia” azt, amit a kezdeti alkotmányozók elmulasztottak.<sup>470</sup> Carl Schmitt mindenképpen egyike volt azon kevés jogászoknak, akik e probléma jelentőségét és veszélyét igen korán felismerték, és igyekeztek jogelméletileg megoldást találni – egyrészt az alapjogok alkotmányos felértékelésével, másrészt az intézmények mint védendő jogszabály-összességek megfogalmazásával.

## V. 2. 2. Az intézményi gondolat megjelenése a weimari jogtudományban

Az intézményi gondolat a jogalkotás ontológiai kérdésére próbál meg választ találni, és ennek révén óhatatlanul metajurisztikus és szociológiai területre csúszik át, amennyiben a jog forrásaként vagy az intézményekben megjelenő hagyományt (Savigny) vagy az eszmét megvalósító, társadalmi intézményeket (Hauriou) azonosítja. Az intézmény ilyen – tehát állam-előtti, a törvényhozó akaratával szemben levédett – értelmezése a weimari köztársaságban is megjelent, ennek egyik példjaként idézhetjük Erich Kaufmannnak a kor államjogászai előtt tartott egyik előadását, amiben kifejtette, hogy

„[a] törvényalkotó nem a jog alkotója. Nem ő alkotta a kölcsön, az adásvétel, a házasság, a rendőrhatalom, az adóztatás, a közszolgálat fogalmait, ahogy azon alapvető jogszabályi helyeket sem, amelyek ezen *intézményeket* konstituálják.”<sup>471</sup>

Kaufmann felfogásában tehát – hasonlóan Savignyhoz – az intézmény jogi, de nem törvényi forma. Az intézmény a jog formája és a törvény forrása. E vélekedés két előfeltételre épül: (1) a jog nem az állami akarat terméke, hanem egy folyamatosság, amelyet a törvényhozónak fel kell ismernie, és az általa alkotott törvény csak akkor érvényes, ha a törvény illeszkedik e folyamatosságba; (2) az intézmények a jog örök formái, amelyek nem az érvényességük, pusztán a hatékonyságuk miatt igénylik a pozitíválást. „Az intézmények [Kaufmann-nál] [...] nem a törvényhozás alkotásai, hanem a törvényhozó számára előre adott rendet alkotnak.”<sup>472</sup>

<sup>470</sup> Schmidt-Jortzig 1979, 15.

<sup>471</sup> Kaufmann 1960, 262. (kiemelés tőlem – TP)

<sup>472</sup> Mainzer 2003, 45.

Schmitt maga is a pozitivizmus ellenfele volt – éppen a pozitivizmus jelentette veszélyek, az alkotmányvédtelenség ellenében fogalmazta meg saját alkotmánytanát –, mindazonáltal az ő intézményelmélete egy már adott alkotmányrendből indul ki – kezdetben eleve csak az alapjogoknak biztosítva alkotmányos rangot. Az intézmények Schmittnél a konkrét alkotmányban jelennek meg, onnan olvasandók, értelmezendők ki – tehát nem jogontológiai, hanem legfeljebb episztemológiai kategóriákról beszélhetünk –, és az intézményi garancia sem jogkeletkeztetően, hanem alkotmány-megtartóan hat, tehát nem az alkotmányozó hatalommal, hanem a törvényhozással szemben véd. Az intézményi garancia Schmitt korai elméletében tehát *a már eldöntött, megformált alkotmányban található, intézményekként értelmezhető normakomplexumok védelmét* jelenti. Az intézmények ekként nem forrásai, hanem részei a jogrendnek. A jogalkotásnak meg kell maradnia a már fennálló jogrend (az abszolút értelemben vett alkotmány) keretei között, és ezért nem módosíthatja, nem törölheti el az intézményeket, ami azonban nem jelenti, hogy a régi vagy egy esetlegesen új alkotmányozó hatalom akarata – a benjamini értelemben vett jogmegtartó vagy jogtétélező erőszak – szintén kötve lenne az intézményekhez. Savigny vagy Kaufmann ugyanis az intézményeket az alkotmányozástól is védett jogtárgyaknak tartotta.

Az intézmények nem explicit pozitív jogot jelentenek: a jogtudomány egyes normakomplexumokat foglal össze e név alatt, azaz az intézmények – ahogy Schmidt-Jortzig írja – az értelmezés, a jogtudományi rendszerezés eredményei:

„A tan kapcsán [...] értelmezési kísérletek gyümölcseről van szó. [...] Az intézményi garancia tana így a jogalkalmazás rendszerezett köztes eredménye és nem önmagában része a jognak vagy eleme a jogalkotásnak.”<sup>473</sup>

A weimari időkből két szerző neve említendő meg, akik már Schmitt előtt használták azzal a céllal az intézmény kifejezését, hogy az alkotmány tartósságát és védelmét hangsúlyozzák. Friedrich Giese saját alkotmány-kommentárjában már mint az alkotmányban rögzített intézményekként ír a házasságról, a tulajdonról és az öröklésről,<sup>474</sup> anélkül azonban hogy mindebből bármiféle rendszert alkotna. Éppen ezért Martin Wolffot szokás inkább a tan előfutárának tartani. Ugyan ő csak a tulajdont kommentálta, de elemzéséből kiovashatóak voltak már az alkotmányi intézmények általánosabb jellemzői is. A weimari alkotmány 153. cikkelye kimondta, hogy „a tulajdont az alkotmány garantálja”. E mondatból nem túl nehéz a tulajdon alkotmányi védelmét kiolvasni. Martin Wolff azonban azt hangsúlyozta saját tulajdon-kommentárjában, hogy a 153. cikkely „ezen túl” még valami mást is tartalmaz,

<sup>473</sup> Schmidt-Jortzig 1979, 24.

<sup>474</sup> Giese 1920, 331., 396., 398.

mégpedig „annak biztosítását [Zusicherung], hogy a magántulajdon jogintézményként fennmarad“.<sup>475</sup> Az intézmény lényege éppen abban áll, hogy a konkrét alkotmányi rögzítettség és ebből fakadó védelmen túlmenően mint a fennálló jogrend alapja kerül elismerésre: az alkotmány lényegéhez tartozóan élveznek védelmet a törvényhozással szemben. Mindez „egy speciális védelmi tartalmat“ alapoz meg.<sup>476</sup> Wolff mindebből azonban arra következtetett, hogy az intézményeket csak alkotmánymódosító, tehát a weimari alkotmány 76. cikkelyében előírt módon elfogadott törvény érinthet.<sup>477</sup> E véleménnyel azonban nem értett egyet Carl Schmitt, mert ő szigorúbb védelmet biztosított volna az intézményeknek és ezért elutasította, hogy bármilyen törvényhozási aktussal – még ha az meg is felel a 76. cikkelynek – módosítható legyen korlátozás nélkül bármely alkotmányi szabály.

### V. 2. 3. Carl Schmitt, az intézmények őre

#### *V. 2. 3. 1. A weimari alkotmány gyengeségei*

Schmitt igen korán felismerte azt a problémát, hogy az érvényes weimari alkotmány nem határozza meg önnön lényegét, és ezért – amint azt a 76. cikkely lehetővé is teszi – teljességgel kiszolgáltatja magát az alkotmánymódosításhoz szükséges törvényhozási többség („kétharmad“) önkényének. Mindez Schmittet arra vitte, hogy részletesebben is foglalkozzék az alkotmány második részével, és az alapján – amellet, hogy kezdetben az alapjogokat tekintette az alkotmány változtathatatlan lényegének – kidolgozza az intézmények kategóriáit. Carl Schmitt azzal a megállapításával, hogy a weimari alkotmány egyrészről inkoherens, másrészről védelemre szorul, fontos gyakorlati problémát nevezett meg, amely az egész államiságot érintette. Schmitt igen korán tehát ráértett arra, hogy a weimari alkotmány, amennyiben pusztán pozitivistá módon értelmezik, az általa elvileg megalapozandó jogállami-polgári rend szétzúzásához is elvezethet. Éppen ezért a jogtudományra hárul szerinte a feladat, hogy koherenciát és védelmet biztosítson az alkotmányos rend egészének, akár a pozitivistá értelmezési lehetőségek ellenében is. Noha az alkotmány alapja az alapjogok okán egy értékdöntés volt, hiányzott az alkotmányon belüli egyértelmű értékhierarchia – az egész szöveget, de különösen a második részt különféle ideológiai célok szabdalják szét<sup>478</sup> –, és

<sup>475</sup> Wolff 1923, 5.

<sup>476</sup> Mager 2003, 13.

<sup>477</sup> Wolff 1923, 6.

<sup>478</sup> Thoma 1929, 5.; Schmitt 2003, 30.

éppen ezért lehetetlen volt pusztán a szöveg alapján az alapjogok lényegi magvát és az alkotmány lényegét kiolvasni, megvédelmezni.<sup>479</sup>

A weimari alkotmány két fő gyengesége,<sup>480</sup> amelyekre Schmitt két alkotmányelméleti felvetéssel próbált meg reagálni, a következő volt: (1) A weimari alkotmány rendszerében összemosisodik a törvényhozó és az alkotmányozó hatalom, ugyanis az alkotmány 76. cikkelye értelmében a törvényhozás minősített többséggel teljességgel, azaz korlátlanul újraírhatta az alkotmányt. Ezt megakadályozandó vezette be Schmitt az intézmények kategóriáját, mint amiket a fennálló alkotmányos rend részeként nem lehetett volna törvényhozási úton kiiktatni. (2) Mivel az alkotmány semmiféle határt nem szabott önnön módosíthatóságának, az alkotmány lényege védtelenül ki lett szolgáltatva a mindenkori alkotmánymódosító többség („kétharmad“) önkényének. Az alkotmány lényegét védendő dolgozta ki Schmitt ismert megkülönböztetését az alkotmány két fogalma (*Verfassung* és *Verfassungsgesetz*) kapcsán.

#### V. 2. 3. 2. *Carl Schmitt alkotmánytana*

Schmitt intézményi garancia-elmélete szorosan kapcsolódik alkotmánytanához, annak megértése így elengedhetetlenül szükséges. Így helyütt röviden azt ismertetnénk, noha a III. fejezetben már elszórtan sor került rá.

Mint ismert, Schmitt abszolút és relatív alkotmány-fogalom között tesz különbséget: (1) az abszolút alkotmány („*Verfassung*“) egy ténylegesen létező jelenség, tehát az állam maga,<sup>481</sup> amely egy előzetesen adott homogén entitás politikai döntéséből, alkotmányozó akaratából származik; (2) a relatív alkotmány („*Verfassungsgesetz*“) ezzel szemben nem más, mint a politikai döntés jogszabályként való rögzítése. Ha azonban az alkotmány egésze csupán ezzel lenne azonos, akkor az azt jelentené – különösen a weimari alkotmány esetében –, hogy az alkotmány egy tetszőlegesen módosítható törvény, amelynek egyetlen specifikus tartalma a 76. cikkelye lenne.<sup>482</sup> Egy alkotmánynak azonban tartós rendnek kell lennie, és ez csak akkor lehetséges, ha az alkotmányt konkrét rendként, az alapjául szolgáló politikai döntés felől értelmezzük.

Schmitt az alkotmányvédelem eszméjét – amelynek pozitívjogi és intézményes alapjai csak a bonni köztársaságban épültek ki – az abszolút (egzisztenciális, faktikus) alkotmányfogalomra

<sup>479</sup> Mainzer 2003, 59.

<sup>480</sup> Mainzer 2003, 60ff.

<sup>481</sup> Schmitt 2003, 4sk.

<sup>482</sup> Schmitt 2003, 19.

építi. Csak akkor biztosítható az alkotmány tartóssága, ha az alkotmány lényege szab határt az alkotmányi törvény módosíthatóságának.

Hogyan jön létre azonban eme alkotmány, eme keret? Schmittnél az alkotmányozás egy jogelőtti, tényleges eljárás (ennek részletesebb elemzését a III. fejezetben elvégeztük), amelyben egy már adott homogén entitás egy politikai döntés – azaz a barát és ellenség megkülönböztetése<sup>483</sup> – révén állammá (vagy más politikai egységgé) szervezi magát.<sup>484</sup> Az államot tehát megelőzi a politika(i).<sup>485</sup> Az állam csupán egyik lehetséges, történelmileg meghatározott,<sup>486</sup> ekként egyáltalán nem örök politikai formája egy közösségnek.

Az alkotmányozás (az alkotmányozó hatalom) az alkotmányról („Verfassung“), azaz az államilag (vagy más politikai formában) megszervezett közösség össz állapotáról szóló döntés.<sup>487</sup> A heterogén elemek kizárásával,<sup>488</sup> azaz a barátot és az ellenséget megkülönböztető politikai döntéssel jön létre a közösség. Schmittnél az alkotmányt megelőzi a politikailag aktív, dönteni tudó közösség léte: „Ami politikailag nem adott, nem tud tudatosan dönteni.”<sup>489</sup> Az alkotmányozás ekként a már adott politikai *Sein* döntése.<sup>490</sup> E döntésben jelenik meg az, ami az alkotmány lényegét adja és ezért az alkotmány módosításoktól védett. Az alkotmányi törvény tehát csak addig a határig értelmezhető, módosítható, hogy az még ne érintse az alapvető politikai döntés tartalmát. Mivel az alkotmányi törvény egy alkotmány – tehát a közösség politikai döntése – okán érvényes,<sup>491</sup> nem irányulhat tartalmában e döntés ellen: „Egy alkotmányi *törvény* tartalma alapján az alkotmányozó akarat részletes normatív kibontása.”<sup>492</sup> Mást, mint ami az alkotmányozás során eldöntetett, nem írhat elő az alkotmányi törvény.

---

<sup>483</sup> Schmitt 2002, 26skk.

<sup>484</sup> Schmitt 2003, 21f.

<sup>485</sup> Schmitt 2002, 20.

<sup>486</sup> Schmitt 1958b, 375skk.

<sup>487</sup> Schmitt 2003, 75.

<sup>488</sup> Schmitt 1991, 13skk.

<sup>489</sup> Schmitt 2003, 50.

<sup>490</sup> Ld. mindehhez a harmadik fejezet részletesebb elemzéseit!

<sup>491</sup> Schmitt 2003, 22.

<sup>492</sup> Schmitt 2003, 76. (kiemelés eredetiben)



[10. ábra]

alkotmányozás folyamata Carl Schmitt szerint

politikai entitás	heterogenitás kizárása	homogenitás	politikai döntés	állam	alkotmányi törvény
<i>adott</i>	<i>barát-ellenség megkülönböztetése</i>	<i>alkotmányozás feltétele</i>	<i>alkotmányozás</i>	= <i>alkotmány</i> („ <i>Verfassung</i> “)	= <i>politikai döntés</i> <i>jogszabályi rögzítése</i>

Mik az alkotmányozó politikai döntés azon elemei, amelyek alkotmánymódosítással nem, csak alkotmányozással – azaz egy új politikai döntéssel – módosíthatóak? Carl Schmitt szerint 1919-ben a német nép akarata egy polgári jogállamra és alkotmányos demokráciára irányult;<sup>493</sup> ezek adnák az alkotmány azon alaplényegét, amely csak egy újabb döntéssel, azaz alkotmányozással lenne módosítható, még akkor is, ha amúgy pozitív jogilag az alkotmány 76. cikkelye e lényeg módosítását is lehetővé tette a minősített törvényhozási többség számára. Schmitt szerint azonban a fennálló alkotmánytörvényt csak az alapvető politikai döntés értelmében lehet esetleg módosítani, értelmezni, és ez – az explicit tilalom hiánya ellenére is – az alkotmány 76. cikkelyének korlátja:

„A politikai döntés, amely az alkotmányt jelenti, nem hathat vissza a saját alanya ellen és nem szüntetheti meg annak politikai létét. Az alkotmány mellett és felett eme akarat megmarad.”<sup>494</sup>

A német nép döntése a weimari alkotmány értelmében a demokráciára, a köztársaságra, a szövetségi államiságra, a parlamentarizmusra, a polgári jogállamra és annak megnyilvánulásaira, az alapjogokra irányult.<sup>495</sup> Ezek alkották a weimari alkotmány azon lényegét, amelynek védettnek kellene lennie bármiféle alkotmánymódosítástól.<sup>496</sup>

Az alapjogok a weimari alkotmányban vagy védelem nélkül lettek megfogalmazva, és ezért egyszerű programként voltak értelmezhetőek – ami gyakorlatilag az alapjogok eljelentéktelenedéséhez vezetett volna –, vagy az alkotmány önkényesen és bármikor módosítható részéhez tartoztak, ami viszont bármikori kiiktathatóságukat is jelentette

<sup>493</sup> Schmitt 2003, 30.

<sup>494</sup> Schmitt 2003, 77. (Annyi pontosítás kell ide, hogy vélhetően az első mondatban az alkotmány abszolút, míg a második mondatban relatív értelemben szerepel.)

<sup>495</sup> Schmitt 2003, 23skk.

<sup>496</sup> Schmitt 2003, 25skk.

volna.<sup>497</sup> Carl Schmitt alkotmánytana révén azonban az alapjogok koherens rendszert és alkotmánymódosítástól védett stabilitást nyertek volna. Schmittnek a megkülönböztetése révén sikerült a német nép alapvető döntését levédenie a törvényhozóval szemben, ami azonban persze ahhoz vezethetett (amint vezetett is), hogy ki lehet játszani az alkotmány („Verfassung“) vélt tartalmát az aktuális alkotmányjoggal szemben.<sup>498</sup> Richard Thoma is attól tartott, hogy Schmitt alkotmánytana „az írott alkotmány léértékelődéséhez“ vezethet.<sup>499</sup> Amikor Schmitt a weimari alkotmányt a köztársaság végső éveiben egyfajta kommisszárius diktatúrával akarta megmenteni – mintegy az írott jogot félretolva az írott jog mögötti lényeg védelmében –, akkor e megfontolások gyakorlati szempontból jöttek újra elő.

Schmitt különbséget tesz az alkotmánymódosítás különféle kategóriái között is,<sup>500</sup> amelyek az intézmények garanciatartalma szempontjából is fontos szerepet játszanak. (1) *Alkotmánymegsemmisítés*: A korábbi alkotmány és az azt megalapozó politikai döntés helyébe teljességgel új politikai döntés és annak megfelelő alkotmány lép; (2) *alkotmánykiiktatás*: a politikai egység fennmarad, de megváltoztatja korábbi akaratát, és így új alkotmányban fogalmazza önmagát újra, azaz – ellentétben az alkotmánymegsemmisítéssel – az alkotmányozó döntés alanya nem változik; (3) *alkotmánymódosítás*: csak a fennálló alkotmány szövege változik, azaz sem az alapvető politikai döntés alanya, sem annak tárgya nem változik. E felosztást alapul véve, Schmitt korai elméletében, amely még az alapjogok liberális elvét, azaz korlátozhatatlanságát vallotta, az intézmények védelmi szintje csupán az alkotmánymódosításoktól való védelemre terjedt ki; ha azonban megváltozik az alkotmányozó alany akaratát, pláne ha maga az alany változik meg, akkor már nem élveznek védelmet az intézmények az ezzel összefüggő változásokkal szemben.

### V. 2. 3. 3. Carl Schmitt kezdeti intézményi garancia-tana

A német nép döntése, politikai értékválasztása a weimari alkotmány második részében fejeződik ki leginkább, mivel a polgári jogállam alapját jelentő alapjogok ott lettek felsorolva.<sup>501</sup> Azaz amennyiben az alkotmány egészének lényegét akarjuk megérteni, mindenképp „a második főrész előrenyomulásáról“ beszélhetünk.<sup>502</sup>

<sup>497</sup> Schmitt 1958, 143.; mindkét koncepció helytelen Schmitt szerint, ld. Schmitt 1958a, 201.

<sup>498</sup> Mehring 2009, 216.; Waldhoff 2010, 298.

<sup>499</sup> Thoma 1929, 45.

<sup>500</sup> Schmitt 2003, 99skk.

<sup>501</sup> Schmitt 2003, 162sk.

<sup>502</sup> Klein 1934, 272.

Carl Schmitt kezdeti jogállam-felfogása a személyes szabadság eszméjén alapszik: az alapjogok biztosítják a polgárok negatív szabadságát és annak védelmét. Schmitt tehát ekkor még egyfajta individuális-liberális alapjog-koncepciót vallott,<sup>503</sup> (1) amelyben a közösségek nem tudnak az alapjogok alanyai lenni;<sup>504</sup> (2) amelyben a személyes szabadság teoretikusan korlátlan<sup>505</sup> (mivel a szabadság intézményként nem fogalmazható meg);<sup>506</sup> és (3) amelyben az állam csupán távolságtartásra, de semmiféle pozitív szolgáltatásra nem kötelezett.<sup>507</sup> Egy liberális-polgári jogállamban csak a szabadságjogokként értett alapjogoknak jár ki az alkotmányos rang; mindez kizárja – amint azt Forsthoff elméleteinél is a III. fejezetben láttuk – a szociális jogállamiságot, mondván: az lehet a közigazgatás feladata, de az állam lényegileg nem lehet egyszerre szociális és jogállami. A szociális jogok eszerint összeegyeztethetetlenek lennének a liberális védelmi jogokkal, mivel a szociális jogok a polgár kötöttségét és az állam teljesítési kötelezettségét erősítenék, a szabadságjogok viszont olyan államtól független polgárokból indulnak ki, akik az államtól szabadságuk elismerését várják csak el.

Schmitt kezdeti elméletében az alapjogok állam-előttiek, állam-felettiak, így alkotmánymódosítással nem változtathatóak. Az intézményi garancia azonban csak a törvényhozás útján történő megváltoztatástól védi az intézményeket.<sup>508</sup> Azaz az intézmények Schmitt korai elméletében „gyengébb védettségű kategóriák”.<sup>509</sup> Nem az alkotmányozó akarat részei, és ezért csak a törvényhozással szemben garantáltak.<sup>510</sup> Nem ugyanazon védettségi szintet élvezik, mint az alapjogok, amelyek mint az alapvető politikai döntés tartalma az alkotmánymódosítással szemben is garantáltak. Schmitt ezen korai elmélete értelmében – a liberális jogállam-tannak megfelelően – az alapjogok fogalmilag nem korlátozhatóak az adott alkotmányos kereteken belül, míg az intézmények „lényegük szerint korlátozottak”.<sup>511</sup> Az intézményi garancia tehát eszerint nem az alkotmányozót, hanem csak a törvényhozót köti, akinek nem terjed ki a jogköre az alkotmány tartalmának törvényhozás útján történő megváltoztatására.

<sup>503</sup> A liberális alapjog-elméletéről ld. Böckenförde 1974, 1530skk.

<sup>504</sup> Schmitt 1958a, 212.; Schmitt 2003, 173.

<sup>505</sup> Schmitt 2003, 126.

<sup>506</sup> Schmitt 1958, 166f.; Schmitt 2003, 171.

<sup>507</sup> Schmitt 1958, 167.; Schmitt 2003, 212.

<sup>508</sup> Schmitt 2003, 170.

<sup>509</sup> Mainzer 2003, 71.

<sup>510</sup> Mager 2003, 29ff.

<sup>511</sup> Schmitt 2003, 170.

[11. ábra]

alapjogok és intézmények védettségi szintjei Carl Schmitt korai elméletében

<b>alapvető döntés</b> (Verfassung)	Az alapjogok a Verfassung és a Verfassungsgesetz relációjában védettek. Az alapjogok részei az alapvető döntésnek, így a Verfassungsgesetz sem tartalmazhat mást, s ebből az következik, hogy e tartalom alkotmánymódosító többséggel sem módosítható.
<i>alapjogok</i>	
<b>Verfassungsgesetz</b> (az alapvető döntés jogszabályosítása)	Az intézmények a Verfassungsgesetz és az egyszerű törvények relációjában védettek. Az intézmények ekként a Verfassungsgesetz törvényhozói akarattal szemben védett jogdogmatikailag kigondolt normakomplexusai, amelyek azonban alkotmánymódosítással módosíthatóak.
<i>intézmények</i>	
<b>egyszerű törvény</b> (esetleges alkotmánymódosítás)	

#### V. 2. 4. Intézmények definíciói és kategorizációi

##### V. 2. 4. 1. Friedrich Giese

Az intézmény gondolatát a weimari alkotmány elemzése kapcsán ugyan Carl Schmitt hozta be és rendszeresítette, de a fogalmat magát először Friedrich Giese használta a saját alkotmány-kommentárjában. Giese itt használja először azon fogalmakat – anélkül, hogy azokat magyarázná, részletezné, elméletté állítaná össze –, amelyeket aztán Carl Schmitt az intézményi garancia tanában gondolt tovább. Giese három fogalmat használ: „a házasság

jogintézményéről“ beszél,<sup>512</sup> „a magántulajdon intézményéről“,<sup>513</sup> valamint „az örökösödési jogról mint jogi intézményről“. <sup>514</sup> Felesleges lenne az eltérő szóhasználat mögött bármiféle rendszert, dogmatikát feltételezni, Giese ugyanis e szavakat egyszerűen egymás szinonimáiként értette. Érdekesebb azonban, hogy csak olyan magánjogi karakterű alkotmánytartalmakat (házasság, tulajdon, örökösödési jog) tekintett intézményeknek, amelyeken a kapitalista társadalmi modell is nyugszik.<sup>515</sup> Ez is mutatja, hogy az intézményi gondolat a magánjogi, áthagyományozódott intézmények esetében sokkal egyértelműbb, mint azon közjogi jellegű intézményeknél, amelyeket az alkotmányok hoznak létre (és intézményi létük legfeljebb a felismerő rendszerezés eredménye). Gustav Boehmer például az örökösödési jog kapcsán ezért beszél az alkotmány által *fenntartott* magánjogi intézményről: ezzel ugyanis kinyilvánítja, hogy az örökösödés intézményét nem az állam hozta létre.<sup>516</sup>

Giese nem csupán az intézmény fogalmát használja a weimari alkotmány leírásakor, de – ugyan csupán a házasság intézményénél – a garancia szó is megjelenik, mondván: a birodalmi alkotmány a házasságnak „alkotmányos garanciát“ kölcsönöz.<sup>517</sup>

#### V. 2. 4. 2. *Richard Thoma*

Richard Thoma is a birodalmi alkotmány második részével foglalkozik részletesebben. Az ott felsorolt alapjogok védelme érdekében felállítja a jogi hatóerő véelmét mint értelmezési célt: ennek értelmében ti. az alapjogokat mindig úgy kell értelmezni, hogy azok leginkább kifejthessék jogi hatóerejüket.<sup>518</sup> Az intézmények nála „a törvényhozásnak címzett tilalmak“, amelynek értelmében a törvényhozás nem alakíthatja, értelmezheti úgy az intézményeket, hogy azok intézményi jellege megsemmisülne.<sup>519</sup>

Thoma különbséget tett az intézmény léte és terjedelme között, ezzel biztosítva az intézmények folyamatosságát tartalmi változásaik ellenére is.<sup>520</sup> Az intézmény fennállása és tartalmi változása ekként nem zárja ki egymást. Például eszerint a házasság intézményi jellegét nem érintené a házasság változó meghatározása. E felismerés segíthet abban, hogy az intézményt ne állandó tartalomként, hanem állandó védettségű jogi kategóriaként lássuk,

<sup>512</sup> Giese 1920, 331.

<sup>513</sup> Giese 1920, 396.

<sup>514</sup> Giese 1920, 398.

<sup>515</sup> Engels 1946, passim.

<sup>516</sup> Boehmer 1930, 266.

<sup>517</sup> Giese 1920, 330.

<sup>518</sup> Thoma 1929, 9.

<sup>519</sup> Thoma 1929, 30.

<sup>520</sup> Thoma 1929, 33.

amelynek tartalma azonban a politikai-társadalmi változásokhoz igazodóan változhat is. A tartalmi módosítás azonban nem az intézmény felszámolását jelenti, mert a tartalom módosítása ellenére is folyamatosan fenn marad az állandó védettségi szint.

Ennek egyik példája az a vita, amit a weimari közjogban a hivatalnoki réteg jövedelmezése kapcsán folytattak. Amikor kérdésként merült ugyanis fel, hogy a hivatalnoki réteg (Berufsbeamtentum) alkotmányi garanciája (Art. 127 WRV) a jövedelemcsökkentés tilalmát is magában foglalja-e, ezzel szemben Carl Schmitt azzal érvelt, hogy egy intézmény léte nem azonos a konkrét tartalmával, azaz a hivatalnoki réteg alkotmányi intézménye nem a konkrét tartalmi szabályozást (így például a jövedelmi előírásokat) védelmezi, hanem az intézmény folyamatosságát, amelyet azonban a tartalmi változások nem érintenek.<sup>521</sup> Az intézményi garancia nem egy konkrét szabályozás megmerevítését jelenti. Ahogy Helmut Quaritsch megállapítja: „egyedül a törvényhozási adaptáció védi meg az intézményeket a halott formákban való megmerevedéstől”.<sup>522</sup>

#### *V. 2. 4. 3. Carl Schmitt*

Amikor Schmitt a Verfassungslehre-ben az intézményi garancia gondolatát először általánosságban – azaz ellentétben Giesével vagy Wolff-fal, nem egy-egy konkrét intézmény kapcsán – kifejtette, pusztán „bizonyos intézményekről” írt, amelyek „különleges védelmet élveznek”.<sup>523</sup> Schmitt pusztán megállapította, hogy a weimari alkotmány – az alapjogok és az alapvető kötelezettségek pozitívált kategóriái mellett – ezt a kategóriát is ismeri, és számukra is – noha az alapjogokénál gyengébb – védelmet biztosít. Egyéb megkülönböztetést nem tesz. Csak később pontosítja, hogy intézmények alatt közjogi jellegű intézmények védelmét érti,<sup>524</sup> jelezve azonban utóbb a magánjogi intézmények létét is.<sup>525</sup> E definíció már megmutatja az intézmények legfőbb tulajdonságait: (1) államilag tételezett, (2) közjogi és (3) alkotmányjogilag<sup>526</sup> védett alkotmánytartalmakról van szó. 1932-ben aztán bővíti a definíciót, mert a magánjogi intézményeket is bevonja, amelyek garanciáját aztán – az intézményi garanciától megkülönböztetetten – intézménygaranciának nevezi. A két garanciatípus között az egyetlen különbség tehát annyi, hogy a védett intézmények mely jogterülethez tartoznak. Ennél azonban vélhetően sokkal hasznosabb megkülönböztetés lenne a garanciák által védett

<sup>521</sup> Schmitt 1930, 917skk.

<sup>522</sup> Quaritsch 1987, 1357.

<sup>523</sup> Schmitt 2003, 170.

<sup>524</sup> Schmitt 1958, 149.

<sup>525</sup> Schmitt 1958a, 218sk.

<sup>526</sup> Ehhez ld. Schmitt 1958, 153skk.

célok szerint különböztetni.<sup>527</sup> Schmitt megkülönböztetése, amit amúgy sokan átvettek, túlságosan egydimenzionális, csupán az intézmények forrását írja le, de nem szól a különféle garanciataralmakról és garanciafeladatokról.

#### *V. 2. 4. 4. Bodo Dennewitz*

Bodo Dennewitz, konzervatív jogászként egy állam-feletti intézmény-fogalomból indult ki. Egyrészt elutasította a liberális-polgári jogállam eszméjét – és ezzel azt is, hogy az alapjogok adnák a weimari alkotmány lényegét –, másrészt az intézményi garanciát konzervatív jogi eszköznek tekinti, amely „a monarchista német államtól áthagyományozódott és illetően politikai intézmények alkotmányos garanciáját” jelenti.<sup>528</sup> Az intézmény nála így (1) állam-feletti, állam-előtti, (2) az állam által elfogadandó, (3) nem államilag tételezett, (4) hanem államilag elismert, (5) a jogi folytonosságot biztosító és kifejező tartalom. Ebből következik, hogy az alkotmányozó nem hozhat létre új intézményeket, nem láthatja el azokat garanciával, mert „ez a garancia csak azon intézményekre vonatkozhat, amelyeket a weimari állam már eleve létezőként talált”.<sup>529</sup> E meghatározásnak amúgy csak a hivatalnoki réteg és a kommunális közigazgatás intézményei feleltek meg a weimari alkotmányból.<sup>530</sup> Bodo Dennewitz célja a saját intézménytanával az volt, hogy (1) biztosítsa a császárság és a köztársaság közötti jogi kontinuitást (és ezzel relativizálja az 1918-as forradalmat és az 1919-es alkotmányozást), valamint (2) a nemzeti gondolatot erősítse a liberális ellenében,<sup>531</sup> amennyiben az intézményeket az alapjogok fölé helyezte.

#### *V. 2. 4. 5. Ernst Rudolf Huber*

Huber élesen elutasítja, hogy a weimari alkotmány egy liberális államot hozott volna létre,<sup>532</sup> és ezért az alapjogokat azon szellemi tartalmak kifejeződésének tartja, amelyek egy konkrét népben nyernek konkrét jelentést.<sup>533</sup> Huber szerint az alapjogok nem elzárják a polgárokat egymástól, hanem éppen fordítva: az alapjogok révén válnak a polgárok egy népközösség

<sup>527</sup> Egy megkülönböztetésre ld. Mager 2003, 410sk.

<sup>528</sup> Dennewitz 1932, 45.

<sup>529</sup> Menzel 1937, 44.

<sup>530</sup> Dennewitz 1932, 25ff.

<sup>531</sup> Dennewitz 1932, 35.

<sup>532</sup> Huber 1933, 79skk.

<sup>533</sup> Huber 1933, 2skk..

részeivé.<sup>534</sup> Az alapjogok nem „az állammal szembeni szubjektív jogok“, hanem „az államhatalom objektív határai“.<sup>535</sup> Az alapjogok adják meg az állam, a közösség határait, kijelölve a polgárok szabadságát. (Ezen alapjog-koncepció a Grundgesetz-értelmezés során is megjelent, főleg Peter Häberle munkásságában, aki felállította az alapjogok intézményi elméletét.<sup>536</sup>)

#### *V. 2. 4. 6. Friedrich Klein*

Schmitt az intézményi garancia gondolatát bevezette, de nem definiálta. Friedrich Klein rendszerezi az intézményeket tartalmuk alapján, ekként tesz különbséget jogintézmény-garancia (Rechtsinstitutsgarantie), intézményi garancia (institutionelle Garantie) és intézmény-garancia (Institutionengarantie) között. Az első két kategóriát a magyarul nehezen lefordítható, szűk értelemben vett Einrichtungsgarantie fogalma alatt foglalja össze. Valójában mindhárom kategória Einrichtungsgarantie, a fogalom tág értelmében.<sup>537</sup>

*Jogintézmény-garanciák:* A jogintézmény-garanciák magánjogi gyökerű intézményeket védenek. Schmitt is rámutatott már arra, hogy ezen intézmények léte egy politikai értékválasztás eredménye, ugyanis a weimari alkotmányban megjelent magánjogi intézmények révén „a birodalmi alkotmány egy politikai világnézet mellett kötelezi el magát“,<sup>538</sup> mégpedig a liberális-polgári jogállam mellett. Ezen értékválasztásból következik, hogy a magánjogi karakterű intézmények alkotmányosan fontosabbak, mint a közjogi jellegű intézmények, amelyek többségükben államszervezeti, gyakorlati, és nem értékválasztási szerepet töltenek be. A magánjogi intézmények az elsődleges politikai döntéssel jönnek létre – még ha Schmitt kezdetben csak az alapjogok kapcsán ismerte is ezt el –, míg a közjogi intézményeket védő intézményi garancia „a formális birodalmi alkotmányjog egyik fogalma“ csupán.<sup>539</sup>

*Intézményi garanciák:* A közjogi intézmények, amelyek az alkotmányi törvényben jelennek meg, tételes jogi szabályokat foglalnak össze, és e tekintetben nem másról van szó esetükben, mint a fennálló, de megváltoztatható alkotmányi törvény anyagának rendszerezési kategóriájáról. Klein azonban e gondolatot nem viszi konzekvensen végig, mert egy helyütt viszont azt állítja, hogy az intézményi garanciák az egész állami – tehát az alkotmányos –

<sup>534</sup> Huber 1933, 7.

<sup>535</sup> Huber 1933, 4.

<sup>536</sup> Häberle 1983, 51., 56skk. et passim.

<sup>537</sup> Klein 1934, 106skk.

<sup>538</sup> Klein 1934, 113sk.

<sup>539</sup> Klein 1934, 128.



rend védelmét biztosítják. Még pontatlanabbá és inkonzekvensebbé teszi Klein definícióját az, hogy elutasítja Schmitt abszolút és relatív alkotmány közötti megkülönböztetését.<sup>540</sup> Ugyanis a kleini megkülönböztetések éppen a schmitti alkotmánytan talajáról lennének csak érthetőek. Schmitt alkotmány-fogalmával jobban magyarázhatjuk a vélhetően Klein által is osztott megkülönböztetést a privátjogi intézmények (mint áthagyományozódott, az állam által felismerendő és egy értékalapú döntéssel elismert alkotmány-tartalmak) és a közjogi intézmények (mint az állami akarat alkotmányi törvényben rögzített megnyilvánulásai) között.

*Status-quo-garanciák:* Schmitt is ismerte már ezt a kategóriát, amely – az intézményi garanciával szemben – nem a fennálló dinamikus folyamatosságát biztosította, hanem egy konkrét helyzet megmerevítését, megőrzését. Schmitt a weimari alkotmány 149. cikkelyének 3. bekezdését, amely a teológiai karok 1919 utáni fennmaradását írja elő,<sup>541</sup> nevezi csupán ilyen status-quo-garanciának.<sup>542</sup> Elvileg minden intézményi garancia – azok dinamikus jellege ellenére is – status-quo-garanciaként is értelmezhető,<sup>543</sup> elvégre – Klein meghatározása szerint – „nem jövőbenit, nem még megalkotandót, lehatárolandót, megformálandót és megszervezendőt, hanem valami jelenvalót, adottat, már fennállót, létezőt” biztosít.<sup>544</sup>

Látható tehát, hogy számos próbálkozás volt az intézményi garancia kategorizálására, definiálására. A weimari köztársaság végefelé – ami után az intézményi garancia valóban más jelentést nyert már – Gerhard Anschütz a weimari közjog definíciós és kategorizációs kísérleteit ekként foglalta össze egyetlen meghatározással:

„Az intézményi garanciák alkotmányi előírások, amelyek nem vagy nem elsősorban alanyi jogok biztosítására, hanem csak vagy elsősorban bizonyos jogintézmények garantálására szolgálnak, oly módon, hogy az érintett intézményt mint intézményt az alkotmányban rögzítik, anélkül, hogy tartalmát meghatároznák”.<sup>545</sup>

Ahogy Thomanal vagy Schmittnél is már láthattuk, az intézményi garancia nem egy konkrét tartalmat véd tehát – mert különben status-quo-garanciáról beszélhetnénk –, hanem az intézmény intézménykénti létét. Az intézményi garancia által védett intézmények konkrét

<sup>540</sup> Klein 1934, 154skk.

<sup>541</sup> Art. 149 Abs. 3 WRV: „A teológiai karok a főiskolákon megmaradnak.”

<sup>542</sup> Schmitt 1958, 157sk., Schmitt 1958a, 216.

<sup>543</sup> Klein 1934, 191.

<sup>544</sup> Klein 1934, 190sk.

<sup>545</sup> Anschütz 1933, 520.

tartalmának meghatározása már a törvényhozó kompetenciája, aki az intézményt nem számolhatja fel, de ezen korlát között tetszőlegesen alakíthatja.

#### *V. 2. 4. 7. A weimari birodalmi alkotmány intézményei*<sup>546</sup>

Persze nem csak az intézményi garancia definíciója volt vitatott, de annak kérdése is, hogy milyen intézmények találhatók a birodalmi alkotmányban. Egyértelmű felsorolás azért nem található egyetlen szerzőnél sem, mert munkáikban két irányból közelítették meg a problematikát: vagy egy-egy intézményt kiválasztottak, és azt elemezve bontották ki az intézményi garancia lényegét, vagy eleve általános definíciót alkottak, és csak példálózó jelleggel említettek meg egy-egy intézményt. Sem az egyik, sem a másik megközelítési mód nem eredményezett azonban egy zárt listát az intézményekről. Schmitt a Verfassungslehreben például az alkotmány 105. cikkelye (a kivételes bíraskodás tilalma), 119. cikkelye (házasság), 127. cikkelye (községi autonómia), 139. cikkelye (szabad vasárnap), 153. cikkelye (tulajdon) és 154. cikkelye (öröklés) kapcsán beszél intézményekről.<sup>547</sup> Schmitt későbbi cikkeiben a felsorolást kiegészíti még a 102. cikkellyel (bírói függetlenség), a 129. cikkellyel (hivatalnokság), 137. cikkellyel (vallási közösségek) és a 142. cikkellyel (tudomány).<sup>548</sup>

Karl Loewenstein szerint intézmények az alkotmány első részéből is kiolvashatóak, így intézményi garanciát adott volna az 1. cikkelynek (köztársaság), a 2. cikkelynek (birodalmi országterület), a 3. cikkelynek (birodalmi zászlók), a 17. cikkelynek (jogállamiság) és a 20. cikkelynek (német nép képviselői).<sup>549</sup> Schmitt azonban kritizálta ezt, mert szerinte mindez túlságosan kiszélesíti az intézmény fogalmát: „lehet persze bármely tetszőleges törvényi szabályozás normatív hatását garanciaként meghatározni“, de „ezáltal a garancia szó elveszti speciális jelentését“.<sup>550</sup>

<sup>546</sup> Dennewitz, Schmitt, Anschütz, Klein és Loewenstein elméleteiről összehasonlító táblázatot ld. Menzel 1937, 48.

<sup>547</sup> Schmitt 2003, 171skk.

<sup>548</sup> Schmitt 1958, 149skk.

<sup>549</sup> Loewenstein 1931, 290.

<sup>550</sup> Schmitt 1958, 153.

### V. 3. Intézményi gondolat a nemzetiszocialista jogtudományban

#### V. 3. 1. Az intézményi garancia felszámolása

##### *V. 3. 1. 1. A nemzetiszocialista intézményi garancia-tan kísérlete*

1933 az intézményi garancia-tan szempontjából is fordulópont volt. Mivel a weimari alkotmányt – annak formális érvényben maradása ellenére – több jogász is halottnak nyilvánította,<sup>551</sup> az intézmények is elvesztették alkotmányos jelentőségüket. Carl Schmitt maga is megállapította, hogy „a weimari alkotmány már nem érvényes, így a lényegi fogalmai és intézményei sem érvényesek már”.<sup>552</sup> A felhatalmazási törvény és az ezen törvény alapján elfogadott más törvények olyan mértékben változtatták meg a német államiság lényegét – azaz új politikai döntésként tekinthetünk rájuk –, hogy értelemszerűen kihatott mindez a weimari alkotmányban garantált intézményekre is. Az új államiság önmeghatározása szerint is összeférhetetlen volt azzal a gondolattal, hogy lennének a törvényhozó által nem érinthető intézmények.<sup>553</sup> Mégis akadt pár szerző, akik megpróbálták az intézményi garancia tanát a nemzeti szocialista jogtudományba – annak megfelelően átértelmezve – átvinni. Bodo Dennewitz és Carl Falck neve említendő meg közülük.

Dennewitz *völkisch* alapon értelmezte újra az intézményeket, amennyiben is a népközösség szolgálatába állította jelentésüket.<sup>554</sup> Az intézményi garancia eszerint „a nemzeti és szocialista jog- és életrend tartósan létszükségszerű tartalma”, amely a népet és az államot szétválaszthatatlanul összekapcsolja.<sup>555</sup> Dennewitz – amint fentebb írtuk – már a weimari időkben is nacionalista volt, de az intézmény-fogalma a nácik számára még mindig túlságosan konzervatívnak tűnt. A nácik számára ugyanis már az külsődleges korlátként jelent meg – azaz voluntarizmusuk korlátjaként –, hogy az intézmények történelmileg kialakult, áthagyományozódott tartalmak lennének. Dennewitz mégis az intézményi gondolkodás új megnyilvánulását látta a nemzetiszocialista államjogban.<sup>556</sup> Dennewitz annyiban tett engedményt a voluntarizmus felé, hogy elismerte az 1933-ban akaratlagosan létrehozott új

<sup>551</sup> Ld. pl. Menzel 1937, 32.

<sup>552</sup> Schmitt 1934, 27. (kiemelés tőlem – TP)

<sup>553</sup> Mainzer 2003, 91.

<sup>554</sup> Dennewitz 1935a, 956.

<sup>555</sup> Dennewitz 1935a, 957.

<sup>556</sup> Dennewitz 1935a, 957.

intézmények kapcsán is azok intézményi garanciáját.<sup>557</sup> A következő intézményekről lenne szó: Führer, birodalmi zászló, egységállam, Wehrmacht, NSDAP.<sup>558</sup>

Carl Falck szintén megpróbálta az intézményi garancia tanát a nemzetiszocialista jogtudományba átemelni, amennyiben is azokat eleve a népintézményekként (*Volkstumseinrichtung*) értelmezte: azaz a néptől, annak akaratából és történelméből származnak az intézmények.<sup>559</sup> Az intézmények „a többségi népvélemény értelmében a német jog tartos, létszükségszerű tartalma“, azaz az állam e tartalmakat azért fogalmazza meg intézményekként, mert a nép ezeket ekként ismeri el.<sup>560</sup> Falck egyértelműen a népet tartotta a jogélet központi kategóriájának,<sup>561</sup> amely fogalomban egyszerre jelenhet meg a hagyomány (történelem) és az akarat (jelen). A jogalkotónak és a jogalkalmazónak így mindig a népből kiindulón, annak akaratát kutatva, kell a jogot alkotnia, alkalmaznia, értelmeznie. Falck szerint a bírónak akár a népdal-kincsre is vissza kell nyúlnia, hogy abból ismerje meg azon népszellemet, amely a jog forrása és mércéje.<sup>562</sup> Falck azonban olyannyira a nemzetiszocialista jogtudomány szolgálatába akarta állítani saját intézmény-fogalmát, hogy gyakorlatilag teljesen kiszolgáltatta az állami voluntarizmusnak, amennyiben is leszögezte: az intézmények nem nyújták „egy meghatározott élettér alkotmányjogi védelmét az állam mindenhatóságával szemben“.<sup>563</sup>

### V. 3. 1. 2. Az intézményi garancia elutasítása

Két okból is érthető, miért utasította el a nemzetiszocialista jogtudomány többsége egyértelműen az intézményi garancia, akár *völkisch* alapokon módosított tanát is. Egyrésztől egy autoriter államnak nincs szüksége korlátokra, pláne nem áthagyományozódott korlátokra;<sup>564</sup> másrésztől – és ez maguknak a náci jogászoknak volt a fő érvük – egy olyan államban, amely éppen az állam és a nép közötti különbséget áthidalni akarta, fogalmilag kizárt, hogy az állam a nép számára bármit garantáljon.<sup>565</sup> a nemzetiszocialista államtan értelmében ugyanis a nép és az állam egyet jelent.<sup>566</sup> Eberhard Menzel ennek alapján elvetette az intézményi garanciát, bebizonyítva, hogy a tan azon liberális jogállam elmélete, amelyet a

<sup>557</sup> Dennewitz 1935a, 956.

<sup>558</sup> Dennewitz 1935b, 237.

<sup>559</sup> Falck 1935, 70.

<sup>560</sup> Falck 1935, 74.

<sup>561</sup> Falck 1935, 76.

<sup>562</sup> Falck 1935, 78.

<sup>563</sup> Falck 1935, 74.

<sup>564</sup> Mager 2003, 67.

<sup>565</sup> Menzel 1937, 76.

<sup>566</sup> Menzel 1937, 46.

nemzetiszocialista állam meghaladni kíván. Menzel elismerte persze Dennewitz igyekezetét, amivel megpróbálná az intézményi garancia tanát a nemzetiszocialista jogtudomány számára is használhatóvá tenni,<sup>567</sup> de szerinte fogalmilag kizárt egy ilyen párosítás sikere, ugyanis a nemzetiszocialista államban elképzelhetetlen az állami akarat bármiféle korlátozása.<sup>568</sup> Menzel ítéletével és cikkével tehát végleg eltűnt a nemzetiszocialista jogirodalomból az intézményi garancia gondolata. Miközben az intézményi gondolkodás új értelmet és jelentést nyert.

### V. 3. 2. Rend-gondolat mint a pozitívizmus nemzetiszocialista meghaladása

A nemzetiszocialista jogtudomány csak az intézményi garancia gondolatát vetette el, de az intézményi gondolkodás – mint a jogpozitívizmus meghaladásának lehetősége – nem volt idegen tőle. Ezen intézményi gondolkodás azonban nem az intézményi garancia tanának folytatása, hanem a fentebb bemutatott Savigny- és Hauriou-féle intézményelméletek rasszista továbbgondolkodása.

1945 után többször felmerült, hogy a weimari kor jogtudományának pozitívizmusa miatt lett volna védtlen a német jogászság a nemzetiszocialista voluntarizmussal szemben,<sup>569</sup> holott a nemzetiszocializmust magát is erősen meghatározta a pozitívizmus természetjogi kritikája.<sup>570</sup> Azaz nem a pozitívizmus túlhajtása, hanem annak meghaladási kísérleteként lehet inkább tekinteni a nemzetiszocialista jogtudományra.<sup>571</sup> A nemzetiszocialista jogászok maguk is bírálták a pozitívizmust, mondván a pozitívizmus miatt a jog elszakadt a nép tényleges valóságától. Metapozitivisták kísérletek így kiváltképp jellemezték a nemzetiszocialista jogirodalmat: a konkrét rend (Schmitt) és a konkrét fogalmak (Larenz) gondolata irányult arra, hogy a jogot minél inkább konkrét eszközként és ne absztrakt eszmeként fogalmazzák újjá, amely egyidejűleg az állami voluntarizmus számára is nagyobb teret biztosított.

---

<sup>567</sup> Menzel 1937, 52.

<sup>568</sup> Menzel 1937, 61. et passim.

<sup>569</sup> Ezellen Walther 1989, 323skk.

<sup>570</sup> Minderről ld. Wittreck 2008.

<sup>571</sup> Vö. Schlink 1991, 171.

### V. 3. 2. 1. Konkrét rend-gondolat

Carl Schmitt, aki az intézményi garancia elméletét kidolgozta, 1933. április elején – május elsejei hatállyal – belépett az NSDAP-ba,<sup>572</sup> evvel a megelőző elnöki kabinetek koronajogásza az új hatalomhoz csatlakozott.<sup>573</sup> 1934-ben Schmitt megjelentetett egy kis könyvet, amiben egy nemzetiszocialista intézményelméletet dolgozott ki, amelyet konkrét rend-gondolatnak nevezett el (*konkretes Ordnungsdenken*). Schmitt e könyvben abból indul ki, hogy minden jogfogalmat bizonyos jogi felfogás – normatív, decizionista vagy konkrét-rend-szerű – határoz meg.<sup>574</sup> Schmitt szembemenve korábbi decizionizmusával – elvégre a Verfassungslehreben még egyértelműen a döntést jelölte meg a jog okaként –, elkötelezte magát egy rasszista alapvetésű intézménytan mellett,<sup>575</sup> ami persze hasonlóságot mutatott fel Hauriou és Savigny tanával is.<sup>576</sup>

Schmitt 1934-es könyve értelmében a jog nem önkényesen tételezett norma (azaz elveti a pozitívizmust), hanem a minden népben immanens rend, amiből az egyes jogintézmények levezethetőek. Schmitt egyfajta kulturdeterminista álláspontot képviselt, amennyiben is a különféle népeket és rasszokat különféle gondolkodási típusokkal kapcsolja össze, s közben – ami amúgy tudományos könyveiben ritka – antiszemitizmusa is megjelenik.<sup>577</sup> Noha a mű a mai jogtudomány számára is használható kijelentéseket tartalmaz, több okból a mai napig is nemzetiszocialistának számít,<sup>578</sup> pedig az alapgondolat, hogy a norma a rend eszköze,<sup>579</sup> és az egyes jogintézmények e rendnek megfelelően szabályozandók és értelmezendők, se nem genuin nemzetiszocialista, se nem egészen új gondolat.<sup>580</sup> Éppen emiatt lehetséges a nemzetiszocialista jogelméletet – Bernd Rüthers alapján – „neo-természetjoginak” is nevezni.<sup>581</sup>

A konkrét rend-gondolat jogintézményei egy adott renddé állnak össze. Az állam feladata, hogy az egyes élethelyzetek belső rendjét figyelembe vegye; a normák, azaz a törvényhozás termékei nem írhatnak elő mást, mint ami az egyes élethelyzetekben már adott, jelen van. Azaz az egyes élethelyzetek magukban hordozzák önnön szabályozásukat.<sup>582</sup> A nemzetiszocialista jogtan, hasonlóan Schmitthez, oldani akarta a pozitívizmus absztraktságát.

<sup>572</sup> Schmitt náci fordulatának esetleges okairól ld. Techet 2012.

<sup>573</sup> Mehring 2009, 304skk.

<sup>574</sup> Schmitt 1993, 7.

<sup>575</sup> Schmitt 1934a, 227.

<sup>576</sup> Schmitt 1993, 37., 45.

<sup>577</sup> Schmitt 1993, 9.

<sup>578</sup> Gross 2005, 108skk.

<sup>579</sup> Schmitt 1993, 11. et passim.

<sup>580</sup> Rüthers 1991, 294.

<sup>581</sup> Rüthers 1988, 65.

<sup>582</sup> Schmitt 1993, 17. et passim.

Bernd Rüthers szerint a nemzetiszocialista jogtudomány célja általánosságban – és a konkrét rend-gondolaté különösen – a pozitivizmus fellazítása, ami azonban a jogbiztonság felszámolásához és az állami önkényhez vezetett.<sup>583</sup>

### V. 3. 2. 2. Konkrét jog-fogalmak

Karl Larenz célja is az volt, hogy oldja a jogélet jogpozitivizmus miatt keletkezett absztraktságát, és ezért a népet tette volna meg ő is a jog központi kategóriájává.<sup>584</sup> Szerinte egy valódi német jogtudománynak az a feladata, hogy „zárja a nép és a joga közötti szakadékot”,<sup>585</sup> amennyiben is a jogot nem absztrakt szabályokból, hanem a népben immanens rendből vezetné le.<sup>586</sup> Ahogy írja: „Minden jog a közösségi élet kifejeződése és ezért *völkisch meghatározott*”,<sup>587</sup> és „a jog nem pusztán [...] előírások összessége, [...] hanem [...] népünk saját rendje”,<sup>588</sup> mert „a jog [...] a nép valódi életrendje”.<sup>589</sup> A jog egésze tehát eleve következne a közösségből, így csupán az egyénnel – a közösségnek magát alávetni nem akaró egyénnel – szemben igényli az erőszakos kényszerítést. Nem a közösséggel, csak az egyénnel szemben kényszerítendő ki a jog, mert az eleve azt írja elő, ami a közösségben célként és eszmeként adott.<sup>590</sup> Az egyén feladata nem más, mint betagolódni a néprendbe: „Az egyén jogi helyzetét illetően nem a személyisége a lényeges immár, hanem az ő konkrét betagózódottsága [Gliederung]”.<sup>591</sup> Amennyiben is az egyén „például paraszt, katona, szellemi munkás – házastárs, családtag, állami hivatalnok”,<sup>592</sup> aláveti magát a közösség, illetve a közösség formálta intézmények (család, házasság, hivatalnoki réteg stb.) belső, adott rendjének.

E tan sok hasonlóságot mutat azon szociológiai intézményelmélettel, amely szerint az intézmények az egyének társadalmi szerepei számára szolgálnak keretül; Larenz ezt azonban nem csupán leíró, de sokkal inkább normatív értelemben állapítja meg, azaz az egyén kötelezhető is akár arra, hogy társadalmi szerepének megfelelően – értsd azon rendnek megfelelően, amelynek része – viselkedjék:

<sup>583</sup> Rüthers 1988, 27., Rüthers 1991, 298sk.

<sup>584</sup> Larenz 1934, 15. et passim.

<sup>585</sup> Larenz 1934, 3.

<sup>586</sup> Larenz 1934, 19f.

<sup>587</sup> Larenz 1934, 20. (kiemelés az eredetiben)

<sup>588</sup> Larenz 1938, 10.

<sup>589</sup> Larenz 1938, 27.

<sup>590</sup> Larenz 1934, 26., 29.

<sup>591</sup> Larenz 1934, 40.

<sup>592</sup> Larenz 1934, 40.

„Közösségek, mint a család vagy az üzem, a népközösség csoportosulásaiaként közvetlenül olyan jogi rendet jelentenek, amelynek nincs szüksége törvényi megerősítésre. Meg van az erejük, hogy a lényegükkel szembenálló absztrakt-általános törvényi normákat annyira visszaszorítsák, amennyire ezt az ő különösségük és völkisch feladatuk szükségessé teszi.”<sup>593</sup>

Larenz elismeri persze, hogy ezzel oldja a jogbiztonságot,<sup>594</sup> de azt eleve egy absztrakt kategóriának tartotta, amely nem engedi a konkrét rend változó és dinamikus megnyilvánulását. Ezért van szükség konkrét jog-fogalmak alkotására, amelyek megfelelnek a néprendnek.<sup>595</sup> „Az egyes [így képzett - TP] jogi előírások nem azért érvényesek, mert állami törvény írja elő őket, hanem mert egy előre adott, metapozitív *fogalomból* [...] levezethetőek.”<sup>596</sup> Mivel e tan az állami voluntarizmust is meg akarná haladni (elvégre a pozitívizmus és a voluntarizmus összefügg), érthető, hogy e tan se tudott kizárólagosan elfogadottá válni a nemzetiszocialista Németországban.

---

<sup>593</sup> Larenz 1938, 31.

<sup>594</sup> Larenz 1938, 33.

<sup>595</sup> Larenz 1938, 45skk.

<sup>596</sup> Rüthers 1988, 82. (kiemelés eredetiben)



## V. 4. Az intézményi garancia tana a bonni köztársaságban

Noha sem az alkotmányozó Parlamenti Tanács jegyzőkönyveiben, sem a Grundgesetz szövegében nem fordul el az intézményi garancia kifejezése, a tant a második világháború után – ráadásul már a Grundgesetz hatályba lépése előtt<sup>597</sup> – átvette és továbbgondolta a bonni köztársaság jogtudománya.<sup>598</sup> Explicit módon azonban csak egyetlen tartományi alkotmányban jelent meg, mégpedig az (alkotmányjogilag helytelenül) újraegyesülésnek nevezett folyamatsorozat után született szászország-anhalti alkotmányban.<sup>599</sup>

Ez azonban nem jelenti azt, hogy a Grundgesetz értelmezésénél és rendszerezésénél ne jött volna elő igen korán a fogalom. A bonni köztársaság alkotmányjoga más téren is erősen inspirálódott Carl Schmitt előmunkálataiból. A konstruktív bizalmatlansági indítvány vagy az alkotmány lényegi magjának megváltoztathatatlansága vagy az eredeti alkotmányszöveg értelmében még minden politikai menekült előtt nyitva álló menekültjog egyértelműen Schmitt hatását mutatja.<sup>600</sup> Reinhard Mußgang egyenesen azt állította, hogy „a bonni alaptörvény atyái őt [Carl Schmittet] és az ő alkotmánytanát követték.”<sup>601</sup> Ha ez így felettébb túlzó kijelentés is, tény, hogy az intézményi garancia tanának bonni megjelenésénél a szerzők mind hivatkoztak Schmittre.

### V. 4. 1. Intézményi garancia és a Grundgesetz

Ulrich Scheuner azon szerzők közé tartozott, akik igen korán átemelték a weimari jogtudományból a bonniba az intézményi garancia gondolatát. Scheuner „közjogi berendezkedések alkotmányjogi biztosítékeként” definiálta az intézményi garanciát.<sup>602</sup> Különbséget tett szabadságjogok, intézményi garanciák, a közösségi élet rendjének védelme,

<sup>597</sup> Stern 1988, 763.

<sup>598</sup> Abel 1964, 27.; Mainzer 2003, 99. et passim.

<sup>599</sup> Art. 3 Abs. 2: „A következő berendezési garanciák arra kötelezik az országot, hogy védjék ezen berendezkedéseket, és azok tartalmát és fejlődését garantálják.” (Mindehhez ld. Reich 1994, 59sk.) A sachsen-anhalti alkotmány értelmében a következő védendő berendezkedések ismertek: család, házasság, gyerek, oktatás, iskola, oktatási rendszer, etika- és hittan, főiskolák, vallási és egyéb világszemléleti közösségek, valamint szabad jótékonykodás. (Reich 1994, 137skk.)

<sup>600</sup> van Laak 1993, 158skk.

<sup>601</sup> Mußnug 1988, 519.

<sup>602</sup> Scheuner 1978, 672.

alkotmányjogi vezérelvek és szociális alapjogok között. Természetesen 1945 után sem sikerült egyetlen kategorizációt uralkodó álláspontként elfogadtatni.<sup>603</sup>

A tan amúgy egykoron a weimari alkotmány hibáinak korrekciójaként született: a birodalmi alkotmány második része nem volt koherens, valamint eleve hiányoztak azok a tételes jogi szabályok, eszközök, intézmények, amelyek az alkotmány törvényhozás útján történő kiürítését akadályozták volna meg, azaz az alkotmányos rend egésze a weimari köztársaságban védtelen maradt. Az intézményi garancia tana gyakorlatilag erre a problémára adott egyfajta, pozitív jogilag nehezen igazolható (mert az alkotmányszövegből nem kiolvasható, azaz a pozitivizmust meghaladó) választ, megoldást. Mivel tehát a weimari alkotmányban nem volt benne e tan (azaz nem egy értelmezési vagy episztemológiai kérdésről volt szó), az intézményi garancia tana ontológiailag jelent meg, amennyiben is a jogtudósok eleve az intézmények létével, eredetével foglalkoztak, így próbálva úgymond „az alkotmány elé kerülni”. A Grundgesetz azonban már számos olyan szabályt, eszközt vezetett be, fogalmazott meg explicit módon, amelyek miatt egyesek az intézményi garancia kérdéskörét immár megoldottnak látták. Mindazonáltal ez pusztán az intézmények ontológiai kérdését oldotta meg; a bonni köztársaságban az intézmények kapcsán főleg azok értelmezése vált központivá.<sup>604</sup>

#### V. 4. 1. 1. Jogi intézmények

Friedrich Klein kivételével minden jogász elfogadta, hogy a tan jogi intézményeket véd, azaz olyan intézményeket, amelyek vagy eleve megjelennek a jogszabályokban, vagy azokból legalábbis kiértelmezhetőek. Ez azért fontos, mert Klein viszont kísérletet tett arra, hogy „társadalmi tényállásokra” (*Sachverhalt*, s nem a jogias *Tatbestand* értelemben értve a tényállást) kiterjessze az intézményvédelmet.<sup>605</sup> A jogintézmény eszerint nem lenne más, mint „egy társadalmi tényállás jogi elismerése”.<sup>606</sup> Ezt azonban elutasította a bonni jogtudomány többsége.<sup>607</sup> Stern szerint „[i]sztán tényleges intézmények, társadalmi tényállások vagy életformák [...] nem lehetnek intézményi garancia tárgyai.”<sup>608</sup>

<sup>603</sup> Stern 1988, 769., 776.

<sup>604</sup> Schmidt-Jortzig, 1979, 23.

<sup>605</sup> Klein 1966, 84skk.

<sup>606</sup> Klein 1966, 85.

<sup>607</sup> Stern 1988, 787.

<sup>608</sup> Stern 1988, 785. (kiemelés eredetiben)

#### *V. 4. 1. 2. Intézmények védelme*

A Schmitt által eredetileg kidolgozott tan értelmében az intézmények államilag tételezett alkotmánytartalmak voltak, amelyek – éppen mert nem az alkotmányozó döntésnek, hanem az alkotmányi törvénynek a részei – „csak” a törvényhozóval szemben élveztek védelmet. E tan a schmitti alkotmányelméletbe illeszkedett: csak a schmitti megkülönböztetés (Verfassung, Verfassungsgesetz) alapján volt értelmezhető a kétszintű védelmi rendszer (alkotmánygarancia az állam-előtti alapjogoknak, alkotmánytörvényi garancia az államilag tételezett intézményeknek). E schmitti megkülönböztetés azonban a Grundgesetz mellett okafogyottá vált, mert eleve az alkotmányszövegben jelentek meg azon védelmi mechanizmusok, amelyeket Schmitt a weimari alkotmányból nem tudva kiolvashatni elméletileg alkotott meg. Mindazonáltal a schmitti megkülönböztetés ellen szólt az az érv is, hogy az lehetővé teszi a pozitív alkotmányjog metapozitív érvekre való hivatkozással történő megkerülését.

A schmitti megkülönböztetés feladását a bonni köztársaságban az is indokolhatja, hogy a Grundgesetz több szabálya, főleg a Wesensgehaltsgarantie (Art. 19 Abs. 2 GG) és az Ewigkeitsklausel (Art. 79. Abs. 3 GG) megvalósítja azt a védelmi szintet, amit Schmitt még csak értelmezéssel tudott elérni a weimari időkben. Azaz az alkotmányvédelem immár pozitívjogi szabályozásként jelenik meg, így a védelem szintje a schmitti kettős alkotmányfogalom feladásával gyakorlatilag nem csökken, hanem növekszik.

#### *V. 4. 1. 3. Garanciatartalmak*

Ute Mager a maga osztályozásánál megpróbál kilépni a szokásos sémákból, és – Robert Alexy nyomán, aki az intézményeket a polgárok számára fenntartott kompetenciakeretként fogta fel – autonómiabiztosítást lát az intézményvédelemben: (1) A jogintézménygarancia „egy normakomplexum léteként”, „jogviszonyok szabad rendezésének előfeltételét” jelentené, (2) az intézménygarancia pedig „e jogi formák és szervezetek tényleges fennállását és működését is garantálják”.<sup>609</sup>

A valósághoz való viszony nem ontológiai, hanem a garancia tárgyában jut kifejezésre. Mivel a magánjogi jellegű berendezkedések Alexy elméletében kompetencianormákat foglalnak egybe, amelyeket aztán a polgárok töltenek ki – valósítanak meg –, így nem a tényleges hatást, hanem a kompetencianormák meglétét kell védeni: „A tulajdon normái nélkül nincs

<sup>609</sup> Mager 2003, 410, 411. (kiemelés tőlem – TP)

tulajdon jogi értelemben, a házassági jog normái nélkül nincs házasság jogi értelemben, stb.”<sup>610</sup> A tulajdon és a házasság, ontológiailag nézve nem az állam alkotásai, de az államnak a polgár számára biztosítania kell azon jogi kereteket, amelyek között e társadalmi jelenségek jogi rangot nyerhetnek (*jogintézménygarancia*). Ezzel szemben az intézményi garancia éppen olyan berendezkedéseket garantál, amelyek ontológiailag nézve az állami akarat révén léteznek, ott tehát a valóságosságukat, megvalósulásukat kell garantálni: nem elég, hogy az állam normakomplexumokat rendelkezésre bocsát, de azok tényleges kitöltését, azaz megvalósulásukat is garantálnia kell. Az intézményi garancia az autonómia tényleges lehetőségének garanciája – ellentétben a jogintézménygaranciával, amely a normák rendelkezésre bocsátását jelenti –, így Mager azt javasolja, hogy az intézményi garanciát „intézményi autonómiagaranciává” nevezzük át.<sup>611</sup> Másképp megfogalmazva: (1) a jogintézménygarancia esetében a polgárok valósítják meg a normát, amennyiben is igénybe veszik – elvégre az állam maga nem tud házasságot kötni, de rendelkezésre bocsáthatja az ahhoz szükséges normákat –,<sup>612</sup> (2) az intézményi autonómiagarancia esetében pedig az állam elkötelezi magát, hogy megteremti a normák ténylegességét, azaz érvényre juttatja azokat. Mindez arra vezethető vissza, hogy az jogintézménygaranciával védett intézmények állam-előtti, nem az állami akarat hozta létre őket,<sup>613</sup> míg az intézményi autonómiagarancia védte intézmények az állam alkotásai.

[12. ábra]

összehasonlítás<sup>614</sup>

	<i>ontológiailag</i>	<i>Garanciatartalom</i>
<b>intézménygarancia</b>	állam-előtti	normatív (normatétételezés)
<b>intézményi garancia</b>	állami	normatív + faktuális (normatétételezés + megvalósítás)

<sup>610</sup> Alexy 1994, 442.

<sup>611</sup> Mager 2003, 411.

<sup>612</sup> Mager 2003, 437.

<sup>613</sup> Ezen elismerés a normák rendelkezésre bocsátása révén történik.

<sup>614</sup> Sem Ute Mager, sem Robert Alexy nem hangsúlyozza az intézmények ontológiai állam-előttiségét.

Az állam számára más kötelezettséget keletkeznek aszerint, hogy az autonómiát ki kell-e alakítania (intézményi garancia), vagy egyszerűen a megvalósuláshoz szükséges normakeretet kell „csak” biztosítania (jogintézménygarancia).

#### *V. 4. 1. 4. Alapjog-közeliség*

Klein különbséget tesz „közeli” és „nem-közeli” intézményi garancia között, aszerint, hogy lényegüket meghatározza-e egy alapjog, vagy sem.<sup>615</sup> Már a weimari korszak alkotmányjoga is – például Carl Schmitt<sup>616</sup> – felismerte, hogy egyes intézmények és alapjogok összefügghetnek. Mivel azonban a weimari jogtudomány nem dolgozott ki még egyértelmű alapjog-dogmatikát, így az alapjogok és az intézmények összefüggései a bonni köztársaság időszakában lettek először igazán kimutatva: „Az intézménygaranciának az alapjogi tartalmat nem gyengíteni, hanem erősíteni kell.”<sup>617</sup> Nem csak arról van szó, hogy az intézményi garancia erősítheti az alapjogi tartalmat, de egyben alapjogok is levezethetők az intézményi garanciákból.<sup>618</sup> Az intézményi garancia feladata tehát az alapjogok érvényének erősítése.<sup>619</sup>

Az intézmények alapjog-közelisége szorosan összefügg az előző alfejezetben tárgyalt témával, ahol kimutattuk, hogy az intézményeknek – hasonlóan az alapjogokhoz – autonómiavédelmi szerepük van, azaz védnek az állami behatások ellen.<sup>620</sup> Robert Alexy odáig megy az értelmezésben, hogy szerinte az intézmények mint kompetencianorma-komplexumok gyakorlatilag az alapjogok (mint kompetenciák) előfeltételei.<sup>621</sup> Az intézmény tehát kompetenciaelőfeltétel, mert az intézmények biztosítják az alapjogok érvényesíthetőségének normatív feltételeit, azaz az egyén által kitöltendő szabályozási kereteket.<sup>622</sup>

E normák adnák az alapjogok objektív oldalát. Ebből következően gyakorlatilag az alapjogokat tekinthetjük az intézmények valódi tartalmának.<sup>623</sup> Az alapjog ennek értelmében nem más, mint az intézményekben és az intézmények által objektíve rögzített tartalmak szubjektív igénybevétele. Ezen nézetet főleg Heinrich de Wall képviselte, de nem vált uralkodó nézetté, ráadásul az egyes intézmények között jelentős különbségek vannak azok

<sup>615</sup> Klein 1966, 86.

<sup>616</sup> Abel 1964, 35.

<sup>617</sup> Stern 1988, 873.

<sup>618</sup> Stern 1988, 874.

<sup>619</sup> Stern 1988, 795. et passim.

<sup>620</sup> de Wall 1999, 388.

<sup>621</sup> Alexy 1994, 442. et passim.

<sup>622</sup> Mager 2003, 449. et passim.

<sup>623</sup> de Wall 1999, 387.

alapjog-közeliségét illetően, így nem lehet általánosságban valamennyi intézményt mint az alapjogok objektív előfeltételeit definiálni.

#### *V. 4. 1. 5. Egyes intézmények felsorolása a Grundgesetzből*

Ahogy a weimari, úgy a bonni és a jelenlegi berlini köztársaságban sem teljesen eldöntött, hogy a Grundgesetz mely részei alkotnának intézményeket. Klaus Stern felsorolása szerint a Grundgesetz a következő intézményeket garantálja jelenleg: oktatás (Art. 7 GG), azon belül különös tekintettel a vallási oktatásra (Art. 7 Abs. 3 GG), tudományszabadság (Art. 5 Abs 3 GG), állampolgárság (Art. 16 GG), vallási közösségek (Art. 4, Art. 140 GG),<sup>624</sup> kommunális önkormányzatok (Art. 28 Abs. 2 GG), hivatalnokság (Art. 33 Abs. 5 GG), pártok (Art. 21),<sup>625</sup> bírói kar (Art. 97skk GG); valamint a következő jogintézményeket: házasság, család (Art. 6 Abs. 1 GG), szülői gondosság és felelősség (Art. 6. Abs. 2, 3 GG), tulajdon (Art. 14 GG). Lehetséges intézmények még:<sup>626</sup> szabad művészet (Art. 5 Abs. 1, S. 2 GG), sajtó (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG), egyesületek (Art. 9 Abs. 1 GG), bérmegeállapodási rendszerek (Art. 10 Abs. 3 GG).

#### *V. 4. 2. Intézményi alapjog-elmélet*

Az alapjogokról, azok feladatáról és államon belüli helyéről különféle felfogások ismertek. Amint láttuk, Carl Schmitt kezdetben például az individuális felfogás híve volt, amennyiben is az alapjogokat államilag nem behatárolható szabadságokként definiálta. Éppen azért vezette be az intézmények kategóriáját, hogy az alkotmány államilag alkotott és behatárolható, de védelemre szoruló részeit elkülönítse az állam által érinthetetlen alapjogoktól. Maga Schmitt is oldotta későbbiekben a szabadság és az intézmény ilyen szigorú szembeállítását. A szabadság és az intézmény szintézisét – ahol a szabadság intézményileg garantált – Peter Häberle alkotta meg a bonni köztársaságban az ún. intézményi alapjog-tanával. Ennek persze voltak már a weimari időszakban is előfutárai, főleg Rudolf Smendre gondolhatunk, aki az alapjogokat nem elkülönült, érinthetetlen szabadságokként, hanem a polgár részvételi jogaiként<sup>627</sup> definiálta.<sup>628</sup> Csak a közösségileg összetartozó polgárok esetében volt lehetséges

<sup>624</sup> Stern 1988, 797ff.

<sup>625</sup> Stern az intézmények között helyezné el a szövetségi alkotmánybíróságot, a szövetségi legfelsőbb bíróságot, a szövetségi számvevőszéket és a szövetségi jegybankot. (Stern 1988, 796sk.)

<sup>626</sup> Stern 1988, 832sk.

<sup>627</sup> A részvételi jog kifejezésével nem szociális jogokra gondolunk, hanem azt akarjuk kifejezni, hogy az intézményi értelemben vett alapjogok jelölik ki az egyének helyét a társadalomban.

<sup>628</sup> Smend 1968b, 316skk.

az államot egyetlen egységgé integrálni, így az alapjogok éppen nem az állam ellen hatottak, hanem kijelölték a polgár helyét az állami integráción belül.<sup>629</sup> Ezen célnak lennének az alapjogok Häberlénél is alárendelve. Häberle szerint a szabadság nem korlátlan és nem korlátozhatatlan, hanem rendezett: az alapjogok adják ki azt a rendet, amibe a polgár betagozódik.<sup>630</sup> Az alapjogok így egyrészt „egy már megvalósult, szabadságalapú rend kifejeződése” (szubjektív oldal), másrészt ezen rend előfeltételei (intézményi oldal).<sup>631</sup> Az alapjogok nem korlátozhatatlanok, mert tartalmuk, feladatuk és céljuk eleve a társadalmi összesség által meghatározott, ami már eleve behatárolásukat jelenti. Az alapjogok határai azonban nem önkényes korlátozások, hanem immanensen vannak jelen az alapjogokban: csak ha behatárolhatóak az alapjogok, tudnak egy nagyobb össz-egésszé összeállni:

„Az alapjogok mint szubjektív közjogi jogok révén válnak az egyének az objektív élethelyzetek rajtuk túlmutató részévé, ezen élethelyzetekben élnek és hatnak, és ez jelöli ki számukra azon helyet, amelyről feladatukat, »hivatásukat« teljesíteniük kell.”<sup>632</sup>

Ezen felfogás – ahol is az alapjogok pozíciófüggő részvételi jogok és kötelezettségek – erős hasonlóságot mutat – a *völkisch* hangnemet leszámítva – Lorenz fentebb ismertett elméleteivel. Hasonlóan Lorenz felfogásához, Häberle szerint sem az egyén miatt garantáltak az alapjogok, nem az egyént védik állammal szemben, hanem az egyén helyét jelölik ki az államon belül.<sup>633</sup>

E felfogásban gyakorlatilag az alapjogok feladata megfelel az intézményi garancia céljának. Amennyiben az alapjogokat – mint korlátozhatatlan szabadságok – az állam pusztán fel- és elismerni köteles, az intézményi garanciára van szükség ahhoz, hogy az állam ne essék szét korlátozhatatlan szabadságokra, hanem az intézmények folyamatossága mellett védelmet és egységet élvezhessen. Häberlénél azonban éppen az alapjogok adják az állam körvonalait, a behatárolt alapjogok állnak össze azzá, amit államnak nevezhetünk. Az alapjogok révén nyeri el „az alkotmány fogalmilag *önmön* garanciáját, azaz a garanciát az egyszerű törvényhozóval szemben”.<sup>634</sup> Az alapjogok tehát Häberle szerint mint az egyének behatárolt és behatárolható részvételi jogai nem az államilag érinthetetlen szabadságot, hanem az állami összetartozást biztosítják: az államon belül az alapjogok jelölik ki az egyén helyét, feladatát, hivatását.

<sup>629</sup> Smend 1968b, 323.

<sup>630</sup> Böckenförde 1974, 1532sk.

<sup>631</sup> Häberle 1983, 4.

<sup>632</sup> Häberle 1983, 98.

<sup>633</sup> Häberle 1983, 21.

<sup>634</sup> Häberle 1983, 42. (kiemelés tőlem – TP)

### V. 4. 3. Intézményi garancia meghaladva megőzése

Az intézményi garancia tanának megjelenése a weimari köztársaság idejében egészen konkrét, gyakorlati problémákra vezethető vissza: az alkotmány második része inkoherens volt, ill. az egész alkotmány védtelen volt az alkotmánymódosító alkotmánymegsemmisítéssel szemben.<sup>635</sup> Mert nem volt az alkotmányvédelem semmilyen formában sem pozitív jogként rögzítve, szükségessé vált, hogy a pozitív jogon *túl*, értelmezéssel alkossanak alkotmányvédelmet. Schmitt a problémát kezdetben úgy oldotta meg, hogy az alapjogokat határozta meg az alkotmány érinthetetlen lényegeként, valamint az alkotmány más, lényegi, törvényhozás által nem érinthető szabályait intézményekként foglalta össze.

#### V. 4. 3. 1. A probléma feloldása

A Grundgesetz alatt azonban e problémák már nem voltak adottak.<sup>636</sup> Ennek értelmében az intézményi garancia tana a német alkotmánytörténet egy meghatározott korszakához tartozna csak, és azon korszak problémáinak elmultával meghaladottá vált volna.<sup>637</sup> A Grundgesetz érvénye mellett azért nem lenne szükség egyes szabályokat intézményekként összefoglalni, mert a Grundgesetz koherenciája és önvédelme tételes jogi szabályokkal biztosított, azaz átkerült a pozitív jogba.<sup>638</sup> Éppen a weimari alkotmány tapasztalatai okán lettek bizonyos védelmi mechanizmusok a bonni alkotmányba beépítve; ergo az alkotmányvédelem célját a weimari köztársaság idején jogértelmezéssel (akár a tételes jogon is túllépve) lehetett elérni – amint a történelem bizonyította: ez nem volt kielégítő –, míg a Grundgesetzben pozitív jogként jelent meg.

#### V. 4. 3. 2. Intézményi garancia pozitíválása?

A Grundgesetz egyes szabályai (Art. 1. Abs. 3, Art. 19 Abs. 2, Art. 20 Abs. 3 und Art. 79 Abs. 3 GG) az alkotmányvédelem és alkotmánykoherencia kifejeződéseinek számítanak, és így az intézményi garancia pozitíválódásaként is tekintenek rájuk.<sup>639</sup> Ezen értelmezés szerint e szabályok okafogyottá teszik egy önálló intézményi garancia-tan létét.<sup>640</sup> E szabályok

<sup>635</sup> Schmidt-Jortzig 1979, 14skk.

<sup>636</sup> Mainzer 2003, 182.

<sup>637</sup> Waechter 1996, 48sk.

<sup>638</sup> Waechter 1996, 62. et passim.

<sup>639</sup> Mainzer 2003, 183.

<sup>640</sup> Dürig 1953, 337.



azonban valójában nem veszik át teljesen az intézményi garancia feladatait, mert más alkotmányi feladatot töltenek be. Például a Grundgesetz 19. cikkely 2. bekezdése alapjogokat, de nem intézményeket garantálja.<sup>641</sup> E szakasz ugyanis Schmitt liberális-individuális alapjogtanához áll közel (ami szerint az alapjogok korlátozhatatlanok és az alkotmány lényegét adják), és nem a történelmileg áthagyományozódott intézmények védelmét biztosítja.<sup>642</sup> Vagy a Grundgesetz 79. cikkely 3. bekezdése eleve az alkotmánymódosításokkal szemben nyújt védelmet, miközben az intézményi garancia pusztán a törvényhozástól véd.<sup>643</sup> Az intézményi garancia alacsonyabb védelmi szintet jelent ezért, mint például a Grundgesetz 19. cikkely 3. bekezdése.<sup>644</sup> Ráadásul vannak olyan intézmények, amelyek eleve nem egy alapjoggal vannak összekötve<sup>645</sup> (a pártok, a helyi közigazgatás, a hivatalnokság, a bírói kar) – egyfajta határvonal persze eleve nehezen húzható<sup>646</sup> –, így a Grundgesetz 19. cikkely 2. bekezdése és 79. cikkely 3. bekezdése azokra nem is terjedhetne ki. Ezen intézmények védelmében van szükség az intézményi garancia tanának megtartására.<sup>647</sup> Elvileg a Grundgesetz 20. cikkely 3. bekezdése – amelynek értelmében a törvényhozás az alkotmányos rendhez kötött – az alapjogokkal kapcsolatban nem álló intézmények számára is megfelelő, tételes jogi védelmet nyújthatna.<sup>648</sup> Mindazonáltal kérdéses, hogy meddig terjed például az alapjogokkal összefügghető magánjogi intézmények (házasság, stb.) alkotmányos védelme. Például az uralkodó vélemény elutasította, hogy az élettársi kapcsolat bevezetése a házasság intézményi garanciáját sértene.<sup>649</sup>

Nos, az intézmények sokfélesége okán – láthattuk, hogy mennyire nincs sem a fogalom definíciója, sem kategorizációja kapcsán egységes álláspont – felmerülhet a kérdés, hogy szüksége van-e egyáltalán a jogtudománynak e tanra, az intézményre mint „dogmatikai figurára”.

„A dogmatikai figuráknak az a feladatuk, hogy a joganyag azon aspektusait összefoglalják, amelyek legalább részben azonos alkalmazási feltételekkel és következményekkel rendelkeznek.”<sup>650</sup>

<sup>641</sup> Stern 1988, 796.

<sup>642</sup> Mager 2003, 402.

<sup>643</sup> Abel 1964, 38.; Stern 1988, 766.

<sup>644</sup> Mager 2003, 403.

<sup>645</sup> Klein 1966, 86.

<sup>646</sup> Stern 1992, 75sk.

<sup>647</sup> Sasse 1960, 439sk.

<sup>648</sup> Mainzer 2003, 198skk.

<sup>649</sup> E véleményként ld. Scholz-Uhle 2001, 397. et passim.; Braun 2002, 25skk.

<sup>650</sup> Mainzer 2003, 127.

Claudia Mainzer ennek révén olyan egységes aspektusokat próbált volna kimutatni, amelyek – a meglévő fogalmi és kategorizációs viták ellenére is – valamennyi intézménynél hasonlóak. Mainzer azonban sem külső,<sup>651</sup> sem belső<sup>652</sup> kategóriákat nem tudott találni, amelyek az intézmények egységes dogmatikai figuráját adhatnák. Az egyes intézmények értelmezése ugyanis eltérő aspektusokra vezet.<sup>653</sup> Ebből az következik, hogy az egyes intézményeket önmagukban – és nem mint egy általános intézmény-kategória részeként – kell értelmezni, mert ennek eredményeként is lehetséges az értelmezett intézmények tartalmát védeni, garantálni, noha e garancia a konkrét intézményből, s nem annak vélt intézményiségéből fakad.<sup>654</sup> Éppen ezért kérdéses, hogy miután a Grundgesetz a weimari alkotmány főbb problémáit tételes jogi úton megoldotta, szükséges-e az intézmény általános dogmatikai figuráját megőrizni, ugyanis az egyes intézmények védelme és garanciája kapcsán elegendő azokra koncentrálni, s nem szükséges előzőleg egy absztrakt intézmény-fogalom alá szubszumálni őket.

Az intézmények fogalmi megjelenése a jogban (Savigny, Hauriou) és az intézményvédelem kialakulása azt bizonyítja, hogy a jogtudomány a jog feladatát nem csupán a leírt szövegek szövegű megvalósításában, hanem egyfajta rend megszervezésében látja. E rend fejeződik ki az intézményekben – az egyes intézmények ugyanis a jog által felismerendő társadalmi valóságok –, az intézményvédelem pedig – függetlenül attól, hogy Schmitt korai, alapjog-központú vagy későbbi intézmény-centrikus alkotmányelméletét vesszük-e alapul – azt a feladatot látta el, amire a weimari alkotmány és a korabeli pozitivista jogtudomány – éppen a szöveghez való ragaszkodásában – nem lett volna képes: a rend védelmét. Az intézményvédelem története azonban arra is bizonyíték, hogy a pozitív jog képes érzékelni környezetét és a felmerülő problémákra végül pozitívjogi választ adni. A weimari alkotmány alatt a jogtudományilag kidolgozott és metapozitív forrásozottságú intézményvédelem tana garantálta azon alkotmányos koherenciát és dinamikus kontinuitást, amire a Grundgesetz 1949 után tételes jogi szabályokkal adott választ.

---

<sup>651</sup> Mainzer 2003, 129ff.

<sup>652</sup> Mainzer 2003, 131ff.

<sup>653</sup> Mainzer 2003, 236.

<sup>654</sup> Mainzer 2003, 145f.

## Zárszó

A jogpozitivizmus által kialakított jogkép kívülről túlságosan egyértelműnek, mechanikusnak tűnik: a válaszok, az ítéletek mintegy eleve adódnak a törvényből. Ha mégsem ez a helyzet, akkor csak pontosítani kell a törvényeket, esetleg újabbakat hozni, és az ítéletek még egyértelműbben születnek. Ezen nézet azonban légüres, zárt térben képzelel el a jogot. A tények száma nem véges – így mindig lesz olyan eset, amely nem dönthető el egyértelműen –, a tények jelentése pedig nem adott, hanem különféle értelmezési *erőhelyzetektől* függ. A társadalmi-kulturális közeg jogértelmező szerepére a 19. század végétől jelentkező jogszociológiai mozgalom számtalanszor rámutatott. Az 1960-as évektől erősödő jogkritikai mozgalom, valamint a posztkoloniális szemléletmód kimutatta, hogy a jog jelentése és értelmezése társadalmi erőhelyzetektől függ, és a társadalmi egyenlőtlenségek vagy a nemzetközi életben jelenlévő imperializmusok az egyes jogi fogalmak jelentésadása révén tudnak fennmaradni.

Jogszabályok önmagukban nem teremtenek se demokráciát, se jogállamot, ahhoz megfelelő értelmező közegre, egyéni és társadalmi akaratra van szükség. A veszély azonban mindig fennáll, hogy – amint a weimari köztársaság példája mutatta – demokratikus és jogállami szándékkal megtöltött jogszabályok más értelmet, jelentést nyernek, más eredményre vezetnek, mint amit alkotóik kigondoltak. Egy demokratikus jogállamhoz ugyanis nem csak jogszabályok, de jogalanyok is kellenek. Jogéletünk se lesz más, mint amit a jogértelmező közeg – amely az egész társadalmat, annak minden alrendszerével átfogja – valóban akar.

Az akarat szerepének túlhangsúlyozása persze jelentős veszélyeket hordoz magában. A jog fennmaradása is akarati aktustól függ – de demokratikus és jogállami jogrendszerünk csak akkor lehet működőképes, ha immáron akarattunkkal nem akarunk ezen túlterjeszkedni. A lehetőség mindig megvan arra, hogy a csupasz akarat, az erő, az önkény diadalt arasson a jog felett. Ennek veszélyét is azzal láthatjuk be, hogy felismerjük a jog jelentése és a jogértelmező akarat közötti összefüggést. Jogállamról csak ott beszélhetünk, ahol a jogtételező és jogértelmező akarat nem akarja a jogállam tartalmi elveit, eszméjét – a pozitivizmus adta voluntarizmus lehetőségeit kihasználva – meghaladni, hanem – amint Odüsszeusz önként kikötötte magát az árbochoz – korlátozza önnön akaratát. A jogállam nem más, mint akarattunk korlátozása. Jogállam csak ott lehetséges, ahol a mindenkori törvényhozó nem akarhat bármit (jogi korlát) – és nem is akar bármit (egyéni erkölcsi korlát).

Az eddigi fejezetek célja nem az volt, hogy a jogi pozitivizmust dekonstruálják – pusztán felmutattak olyan utakat, amelyek a német jogtudományban metapozitív irányból jelentek meg (jogi logika kérdései, alkotmányszületés, Daseinvorsorge, intézmények stb.), de igazi hatásukat kifejezni, céljukat elérni valóban pozitívjogiasodásuk után tudták. A pozitív jog metapozitív kinyitása tehát nem a pozitív, tételezett jog meghaladását, hanem továbbfejlődését, társadalmi beágyazottságát szolgálja.

Egyrészt a modern társadalmiság igényli a tételezettséget – a lukácsi értelemben vett menetrend-szerű jogszabályi környezetet –, éppen ezért jogtudomány is tudományosan a jogszabályra koncentráltan, azaz elsősorban pozitivistaként művelhető. De mindez nem jelenti azt, hogy a jognak és tudományának a jog környezetétől el kéne záródnia. A jogtudomány pozitív tudományként képes leginkább általánosan leírni a jogműködést, de a jog tartalmát és feladatát a pozitív jogon túl találja meg – és szerencsés esetben, amint a weimari kudarc utáni bonni köztársaság sikere bizonyítja, a jogban jogszabályként (azaz immáron tételezett normaként) megjeleníteni. A pozitivizmust tehát nem meghaladni kell – pusztán látni, hogy a pozitivizmus a már kész, már érvényes, már tételezett jogról szól, azt írja le, azt rendezi. A jog tartalmát, célját, érvényesülését, megszületését azonban a pozitív jogon túl (előtt) kell megtalálni, mert a jog nem önmagáért való eszköz, így se célját, se feladatát nem önmagának szabja.

Másrészt a dolgozat arra is rámutott, hogy a pozitivizmus túlzott meghaladásának igénye sokszor a jogot nem kinyitotta, hanem önkényes politikai akaratoknak szolgáltatva ki – nem véletlen, hogy akár Schmitt metapozitív politika- és alkotmányelmélete, konkrét rendgondolata vagy Ernst Forsthoff minőségileg totális állama a nemzeti szocializmus, mint sok tekintetben szintén egy metapozitív, neo-természetjogi gondolat farvizén tudott megjelenni. Az intézmény-elmélet bizonyítja azonban, hogy lehetséges a pozitivista tézisekre adott metapozitivisták antitézisekkel egyfajta szintézist elérni – és immáron törvényi szintén a jogállamiság és jogbiztonság kívánalmainak is megfelelően megjeleníteni.

## Irodalomjegyzék

- Abel, Gunther 1964: *Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Achermann, Franz 1955: *Das Verhältnis von Sein und Sollen als ein Grundproblem des Rechts*. Winterthur: Verlag P. G. Keller.
- Ádám Antal 1998: *Alkotmányi értékek és alkotmánybíráskodás*. Budapest: Osiris.
- Ádám Antal 1998a: A jogrendszer alkotmányosodása és erkölcsiesedése. *Jogtudományi Közlöny*, 1998/10, 351-359.
- Agamben, Giorgio 2002: *Homo sacer. Die Souveränität der Macht und das nackte Leben*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
- Agamben, Giorgio 2004: *Ausnahmezustand*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
- Alexy, Robert 1994: *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
- Alexy, Robert 2005: *Begriff und Geltung des Rechts*. Freiburg / München: Verlag Karl Alber.
- Alexy, Robert 2005a: Hans Kelsens Begriff der Verfassung. In Paulson, Stanley L. – Stolleis, Michael (hrsg.): *Hans Kelsen. Staatsrechtler und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*. Tübingen: Mohr Siebeck, 333-352.
- Anschütz, Gerhard 1912: *Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat. Von 31. Januar 1850*. Berlin: D. Häring.
- Anschütz, Gerhard 1933: *Die Verfassung des deutschen Reiches vom 11. August 1919*. Vierzehnte Auflage. Berlin: Stilke.
- Anschütz, Gerhard – Meyer, Georg 2005: *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Anter, Andreas 2004: *Die Macht der Ordnung. Aspekte einer Grundkategorie des Politischen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Arisztotelész 1971: *Nikomakhoszi ethika*. Budapest: Magyar Helikon.
- Arató, Andrew 1999: *Civil társadalom, forradalom és alkotmány (Civil Society, Revolution and Constitution)*. Budapest: Új Mandátum.
- Bachof, Otto 1954: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. *VVDStRL*, Heft 12, 37-79.

- Badura, Peter 1966: Die Daseinsvorsorge als Verwaltungszweck der Leistungsverwaltung und der soziale Rechtsstaat. *DÖV*, 17-18/1966, 624-633.
- Baufeld, Stefan 2005: Diesseits der Logik. Warum die Logik zur Lösung juristischer Probleme wenig beiträgt und warum die topische Rhetorik dies kann. In Carsten Bächer – Stefan Baufeld (hrsg.): *Objektivität und Flexibilität im Recht*. [ARSP Beiheft Nr. 103.] Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 182-199.
- Baumann, Max 1991: *Recht / Gerechtigkeit in Sprache und Zeit*. [Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie 3] Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag.
- Bärsch, Claus-E. 1987: Der Institutionenbegriff in der deutschen Rechtswissenschaft und das dem Grundgesetz gemäße Verständnis von Institutionen. In Göhler, Gerhard (hrsg.): *Grundfragen der Theorie politischer Institutionen. Forschungsstand – Probleme – Perspektiven*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 107-131.
- Beckerath, Erwin von 1927: *Wesen und Werden des fascistischen Staates*. Berlin: Julius Springer.
- Bendix, Ludwig 1968: *Zur Psychologie der Urteilstätigkeit des Berufsrichters und andere Schriften*. Neuwied / Berlin: Hermann Luchterhand Verlag.
- Benjamin, Walter 1965: *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
- Berlin, Isaiah 2006: *Freiheit. Vier Versuche*. Frankfurt/M: Fischer.
- Black, Donald 1989: *Sociological Justice*. New York: Oxford UP.
- Bloch, Marc 2000: Múlt és jelen a mában. In Fejős Zoltán (szerk.): *Idő és antropológia*. Budapest: Osiris, 113-138.
- Blümel, Willi 2003: Schlusswort. In Blümel, Willi (hrsg.): *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 115-122.
- Boehmer, Gustav 1930: Artikel 154. Erbrecht. In Nipperdey, Hans Carl: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*. Bd. 3. Berlin / Mannheim: Hobbing / Bensheimer, 250-282.
- Bos, Ellen 2004: *Verfassungsgebung und Systemwechsel. Die Institutionalisierung von Demokratien im postsozialistischen Osteuropa*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Bódi Mátyás 2007: A kelsen normativizmus szemléleti alapjai. In Cs. Kiss Lajos (szerk., bev., vál.): *Hans Kelsen jogtudománya. Tanulmányok Hans Kelsenről*. Budapest: Gondolat Kiadó (MTA Jogtudományi Intézete, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar), 191-207.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1974: Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation. *NJW*, 27. Jg. Heft 35. 28 August, 1529-1538.

- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1976: Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation. In Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Staat Gesellschaft Freiheit*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 42-64.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 1983: Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung. In Buschmann, Arno – Knemeyer, Franz Ludwig – Otte, Gerhard – Schubert, Werner (hrsg.): *Festschrift für Rudolf Gmür zum 70. Geburtstag 28. Juli 1983*. Bielefeld: Verlag Kieseking, 7-19.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang 2006: Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts. In: Böckenförde, Ernst-Wolfgang: *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
- Börner, Bodo 1971: Irrwisch Daseinsvorsorge. *Bayerische Verwaltungsblätter*. 11/1971, 406-408.
- Braun, Johann 2002: „Ein neues familienrechtliches Institut“. Zum Inkrafttreten des Lebenspartnerschaftsgesetzes. *JZ*, 57. Jg., 4. Januar 2002, 23-31.
- Bretter Zoltán 2004: *Politika a határon. A Devlin-Hart vita*. Pozsony: Kalligram.
- Bürger, Peter 1986: Carl Schmitt und die Fundierung der Politik auf Ästhetik. In Bürger, Christa (hrsg.): »Zerstörung, Rettung des Mythos durch Licht«. Frankfurt/M: Suhrkamp, 170-176.
- Campagna, Norbert 2007: Vom Anspruch auf Verbindlichkeit zu den verbindlichen Normen. Historisch-systematische Überlegungen zur Entstehung politisch-rechtlicher Normativität. In Bung, Jochen – Brian, Valerius – Ziemann, Sascha (hrsg.): *Normativität und Rechtskritik. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2006 in Würzburg und im März 2007 in Frankfurt am Main*. [ARSP Beiheft Nr. 111.]. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 28-44.
- Constantinesco, Vlad – Pierré-Caps, Stéphane 2006: *Droit constitutionnel*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Cumin, David 2005: *Carl Schmitt. Bibliographie politique et intellectuelle*. Paris: Cerf.
- Dau-Lin, Hsü 1932: *Die Verfassungswandlung*. Berlin / Leipzig: Walter de Gruyter & Co.
- Dau-Lin, Hsü 1978: Formalistischer und anti-formalistischer Verfassungsbegriff. In Friedrich, Manfred (hrsg.): *Verfassung. Beiträge zur Verfassungstheorie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 34-59.
- Dennewitz, Bodo 1932: *Die institutionelle Garantie. Zum Problem der Existenzfrage des deutschen Berufsbeamtentums und der kommunalen Selbstverwaltung*. Berlin: Stilke.
- Dennewitz, Bodo 1935a: Die Lehre von der institutionellen Garantie. *Reichsverwaltungsblatt*, Bd. 56. Nr. 48., 30. November 1935, 955-957.

- Dennewitz, Bodo 1935b: Friedrich Klein: Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien. [Buchbesprechung] *AöR*, 1935, Bd. 26, 234-237.
- Depenheuer, Otto 2007: *Selbstbehauptung des Rechtsstaates*. [Schönburger Gespräche zu Recht und Staat, hrsg. von Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter, Bd. 8.] Paderborn / München / Wien / Zütrich: Schöningh.
- Depenheuer, Otto 2009: Risiken und Nebenwirkungen menschenrechtlicher Universalität. In: Isensee, Josef 2009 (hrsg.): *Menschenrechte als Weltmission*. Berlin: Duncker und Humblot.
- Derrida, Jacques 1991: *Gesetzeskraft. Der »mystische Grund der Autorität«*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
- Desqueyrat, A[...]. 1968: Die Institution. Ihre Natur, ihre Arten, ihre Probleme. In Schnur, Roman (hrsg.): *Institution und Recht*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 118-175.
- de Wall, Halle 1999: Die Einrichtungsgarantien des Grundgesetzes als Grundlagen subjektiver Rechte. *Der Staat*, Bd. 38, 377-398.
- Dias, Gabriel Nogueira 2005: *Rechtspositivismus und Rechtsatheorie. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Di Fabio, Udo 2003: *Die Staatsrechtslehre und der Staat* [Schönburger Gespräche zu Recht und Staat Band 2, hrsg. von Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter]. Paderborn / München / Wien / Zürich: Ferdinand Schöningh.
- Dijon, Xavier 2009: *Les droits tournés vers l'homme*. Paris: Cerf.
- Diller, Albert 1935: *Die Legalität der nationalsozialistischen Revolution*. Erlangen: Palm & Enkel.
- Durkheim, Emile 1965: *Die Regeln der soziologischen Methode*. Neuwied / Berlin: Luchterhand.
- Dürig, Günter 1953: Das Eigentum als Menschenrecht. *ZgS*, Bd. 109, S. 326-350.
- Ehmke, Horst 1953: *Grenzen der Verfassungsänderung*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Ehrenzweig, Albert E. 1973: *Psychoanalytische Rechtswissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Ehs, Tamara 2008: Einführung in die Allgemeine Europäische Staatslehre. In Ehs, Tamara (hrsg.): *Hans Kelsen und die Europäische Union. Erörterungen moderner (Nicht-) Staatlichkeit*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Ehs, Tamara 2009: Demokratie und politische Bildung. In Ehs, Tamara (hrsg.): *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Wien: Facultas.
- Emge, Carl August 1967: *Geschichte der Rechtsphilosophie*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Engels, Friedrich 1946: *Der Ursprung der Familie, des Privateigentums und des Staats*. Berlin: Neuer Weg.



- Euchner, Walter 1981: Ernst Forsthoff: Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland. Beck'sche Schwarze Reihe, Bd. 77. München: C. H. Beck, 1971, 169 S. DM 9, 80. [Rezension]. *AÖR*, Bd. 99, 179-182.
- Falck, Carl 1935: Die institutionelle Garantie. Werdegang, Aufbau und Bedeutung einer neuen Staatslehre. *Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung*. November 1935, 52. Jg. Heft 2, 69-79.
- Favoreau, Louis – Gaïa, Patrick – Ghevontian, Richard – Mestre, Jean-Louis – Pfersmann, Otto – Roux, André – Scoffoni, Guy 2007: *Droit constitutionnel*. Paris: Dalloz.
- Fehr, Hans 1928: *Recht und Wirklichkeit. Einblick in Werden und Vergehen der Rechtsformen*. Potsdam: Müller&Kiepenheuer Verlag [und Zürich: Orell Füssli Verlag].
- Feinberg, Joel 1999: *Társadalomfilozófia*. Budapest: Osiris.
- Fischerhof, Hans 1969: „Daseinsvorsorge“ und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden. *DÖV*, 2/1969.
- Forsthoff, Ernst 1933: *Der totale Staat*. Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.
- Forsthoff, Ernst 1935: Von den Aufgaben der Verwaltungsrechtswissenschaft. *Deutsches Recht*, 15. August 1935, 398-400.
- Forsthoff, Ernst 1935a: Das neue Gesicht der Verwaltung und die Verwaltungsrechtswissenschaft. *Deutsches Recht*, 15. Juni 1935, 331-333.
- Forsthoff, Ernst 1938: *Die Verwaltung als Leistungsträger*. Stuttgart / Berlin: W. Kohlhammer Verlag
- Forsthoff, Ernst 1958: *Die Daseinsvorsorge und die Kommunen. Ein Vortrag*. Köln-Marienburg: Sigillum-Verlag.
- Forsthoff, Ernst 1959: Die Umbildung des Verfassungsgesetzes. In Barion, Hans – Forsthoff, Ernst – Weber, Werner (hrsg.): *FS für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag dargebracht von Freunden und Schülern*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Forsthoff, Ernst 1959a: *Rechtsfragen der leistenden Verwaltung*. Stuttgart: W. Kohlhammer.
- Forsthoff, Ernst 1964: Haben wir zuviel oder zuwenig Staat? In Forsthoff, Ernst: *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 63-77.
- Forsthoff, Ernst 1964a: Anrecht und Aufgabe einer Verwaltungslehre. In Forsthoff, Ernst: *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 129-146.
- Forsthoff, Ernst 1964b: Die Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). In Forsthoff, Ernst: *Rechtsstaat im Wandel. Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 176-184.

- Forsthoff, Ernst 1966: *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Erster Band: Allgemeiner Teil*. Neunte Auflage. München / Berlin: Beck.
- Forsthoff, Ernst 1968: Verfassungsprobleme des Sozialstaates. In Forsthoff, Ernst: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Forsthoff, Ernst 1968a: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates. In Forsthoff, Ernst: *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit. Aufsätze und Essays*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 165-199.
- Forsthoff, Ernst 1970: Von der sozialen zur technischen Realisation. *Der Staat*, 1970/1, 145-160.
- Forsthoff, Ernst 1971: *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*. München: Beck.
- Forsthoff, Ernst 1974: Bemerkungen zur Situation der Verwaltung. In Forsthoff, Ernst – Hörstel, Reinhard (hrsg.): *Standorte im Zeitstrom. FS für Arnold Gehlen*. Frankfurt/M: Athenäum, 41-51.
- Frank, Jerome 2006: *Biráskodás az elme ítélőszéke előtt. Válogatott írások*. Budapest: Szent István Társulat.
- Friedrich, Hansjürgen 1963: *Die Institutionenlehre Maurice Haurious*. Dissertation. Mainz: Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät der Johannes Gutenberg-Universität.
- Frivaldszky János 1996: Társadalmi diskurzus és szociális jog. *Politikatudományi Szemle*, 1996/1, 93-104.
- Frivaldszky János 2005: A jogászok tudása mint „igaz filozófia” Ulpianusnál és napjainkban. In Paksy Máté (szerk.): *Európai jog és jogfilozófia: konferenciatanulmányok az európai integráció ötvenedik évfordulójának ünnepére*. Budapest: Szent István Társulat.
- Frivaldszky János 2005a: Hans Kelsen természetjog-kritikájának cáfolatához. *Világosság*, 2005/11.
- Frivaldszky János 2007: *Klasszikus természetjog és jogfilozófia*. Budapest: Szent István Társulat.
- Frivaldszky János 2008: A házasság és a család: elnyomó hatalmi viszonyok avagy a jog relacionális jellegének prototípusai? Az olasz relacionalista jogfilozófiai eredmények tükrében. *Iustum Aequum Salutare*, 2008/3.
- Frotscher, Werner – Pieroth, Bodo 2007: *Verfassungsgeschichte*. München: Verlag C. H. Beck.
- Giese, Friedrich 1920: *Die Verfassung des Deutschen Reiches von 11. August 1919. Taschenausgabe*. Berlin: Carl Heymann.
- Grimm, Dieter 1991: *Die Zukunft der Verfassung*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
- Groß, Ingrid 1971: *Die Institution Presse. Zugleich ein Beitrag zum Wesen der Einrichtungsgarantie und ihrem Verhältnis zu den Individualgrundrechten*. Berlin: Duncker & Humblot.

- Gross, Raphael 2005: *Carl Schmitt und die Juden. Eine deutsche Rechtslehre*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
- Hammer, Felix 2000: Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 – die Weimarer Verfassung. *Jura*, 2/2000, 57-63.
- Hauriou, Maurice 1965: *Die Theorie der Institution und zwei andere Aufsätze*. Hrsg. und eingeleitet von Roman Schnur. Berlin: Duncker & Humblot.
- Häberle, Peter 1983: *Die Wesensgehaltsgarantie des Artikel 19 Abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*. Heidelberg: C. F. Müller.
- Häberle, Peter 2002: Lebende Verwaltung trotz überlebter Verfassung? Zum wissenschaftlichen Werk Ernst Forsthoff (1975). In Häberle, Peter: *Kleine Schriften. Beiträge zur Staatsrechtlehre und Verfassungskultur*. Hrsg. von Wolfgang Graf Vitzthum. Berlin: Duncker & Humblot, 3-15.
- Heidegger, Martin 2004: Was ist Metaphysik? In Heidegger, Martin: *Gesamtausgabe. I. Abteilung: Veröffentlichte Schriften 1919-1970. Band 9. Wegmarken*. Frankfurt/M: Vittorio Klostermann Verlag.
- Heller, Hermann 1971: Autoritärer Liberalismus. In Heller, Hermann: *Gesammelte Schriften*. Zweiter Band: Recht, Staat, Macht. Leiden: A. W. Sijthoff, 643-653.
- Heller, Hermann 1983: *Staatslehre*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hendrichs, Hubert 1985: Zu möglichen Vorformen des menschlichen Rechtsgefühls bei höheren Tieren. In: Lampe, Ernst-Joachim (hrsg.): *Das sogenannte Rechtsgefühl* [Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 10]. Opladen: Westdeutscher Verlag, 57-70.
- Herdegen, Matthias 2003: Ernst Forsthoffs Sicht vom Staat. In Blümel, Willi (hrsg.): *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 41-52.
- Hermens, Ferdinand A. 1964: *Verfassungslehre*. Frankfurt/M / Bonn: Atenäum Verlag.
- Herrfahrdt, Heinrich 1970: *Revolution und Rechtswissenschaft*. Aalen: Scientia Verlag.
- Hofmann, Hasso 2002: *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Horváth Barna 2004: *A jogelmélet vázlatja*. Máriabesnyő / Gödöllő: Attraktor.
- Horváth Barna 2006: *The Bases of the Law. A jog alapjai*. Budapest: Szent István Társulat.
- Huber, Ernst Rudolf 1933: Bedeutungswandel der Grundrechte. *AöR*, 1933, Bd. 23., 1-98.
- Huber, Ernst Rudolf 1962: *Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft*. Oldenburg: Verwaltungs- und Wirtschaftsakademie.

- Huber, Ernst Rudolf 1974: *Vorsorge für das Dasein. Ein Grundbegriff der Staatslehre Hegels und Lorenz v. Steins*. In Schnur, Roman (hrsg.): *FS für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag*. München: Beck, 1970, 139-163.
- Huber, Ernst Rudolf 1975: *Bewahrung und Wandlung. Studien zur deutschen Staatslehre und Verfassungsgeschichte*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Isay, Hermann 1929: *Rechtsnorm und Entscheidung*. Berlin: Verlag von Franz Vahlen.
- Isensee, Josef 1987: Staat und Verfassung. In Isensee, Josef – Kirchhof, Paul (hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band. 1.: Grundlagen von Staat und Verfassung*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer Verlag 1987, 591-661.
- Isensee, Josef 1995: *Das Volk als Grund der Verfassung. Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Jakab András 2007: *A magyar jogrendszer szerkezete*. Budapest / Pécs: Dialog Campus.
- Jaspers, Karl 1932: *Die geistige Situation der Zeit*. Leipzig / Berlin: Walter de Gruyter.
- Jennings, W. Ivor 1968: Die Theorie der Institution. In Schnur, Roman (hrsg.): *Institution und Recht*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 99-117.
- Jhering, Rudolph von 1893: *Der Zweck im Recht*. Leipzig: Druck und Verlag Breitkopf & Härtel.
- Jung, Carl Gustav 2006: *A lélektani típusok általános leírása*. Budapest: Európa Könyvkiadó.
- Karácsony András 1988: Az el nem múlt idő. *Társadalomkutatás*, 1988/3, 48-66.
- Karácsony András 2002: A jog mint kulturális jelenség. *Jogelméleti Szemle*, 2002/3 [jesz.ajk.elte.hu/karacsonyl1.html]
- Karácsony András 2007: „Pozitivistá” volt-e a kelsen jogpozitivismus? In Cs. Kiss Lajos (szerk., bev., vál.) 2007: *Hans Kelsen jogtudománya. Tanulmányok Hans Kelsenről*. Budapest: Gondolat Kiadó (MTA Jogtudományi Intézete, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar), 159-170.
- Kaufmann, Arthur 1997: *Rechtsphilosophie*. München: Beck.
- Kaufmann, Erich 1960: Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Artikels 109 der Reichsverfassung. In Kaufmann, Erich: *Rechtsidee und Recht. Rechtsphilosophische und ideengeschichtliche Bemühungen aus fünf Jahrzehnten*. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 246-265.
- Kaufmann, Franz-Xaver 1985: Rechtsgefühl, Verrechtlichung und Wandel des Rechts. In Lampe, Ernst-Joachim (hrsg.) 1985: *Das sogenannte Rechtsgefühl* [Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 10]. Opladen: Westdeutscher Verlag, 185-202.
- Kelsen, Hans 1914: Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung. *Archiv des öffentlichen Rechts*, Bd. 32.

- Kelsen, Hans 1923: *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*. Tübingen: Mohr.
- Kelsen, Hans 1933: *Staatsform und Weltanschauung*. Tübingen: Mohr.
- Kelsen, Hans 1964: Gott und Staat. In: Kelsen, Hans: *Aufsätze zur Ideologiekritik*. (hrsg. von Ernst Topitsch) Neuwied am Rhein / Berlin: Luchterhand.
- Kelsen, Hans 1968: Die Funktion der Verfassung (1964). In Klecatsky, Hans – Marcic, René – Schambeck, Herbert (hrsg.): *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien / Frankfurt/M / Zürich: Europa Verlag, 1971-1979.
- Kelsen, Hans 1968a: Vom Geltungsgrund des Rechts (1960). In Klecatsky, Hans – Marcic, René – Schambeck, Herbert (hrsg.): *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien / Frankfurt/M / Zürich: Europa Verlag, 1417-1427.
- Kelsen, Hans 1979: *Allgemeine Theorie der Normen*. Wien: Manz.
- Kelsen, Hans 2001: *Tiszta jogtan*. Budapest: Rejtjel.
- Kelsen, Hans 2003: Jogi pozitivizmus és a természetjog doktrínája. In Varga Csaba (szerk.): *Jog és jogfilozófia. Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből*. Budapest: Szent István Társulat.
- Kelsen, Hans 2003a: Tiszta jogtan és az analitikus jogelmélet. In Varga Csaba (szerk.): *Jog és jogfilozófia. Antológia a XX. század jogi gondolkodása köréből*. Budapest: Szent István Társulat, 171-190.
- Kelsen, Hans 2005: *Was ist Gerechtigkeit?* Stuttgart: Philipp Reclam jun.
- Kelsen, Hans 2006: *Verteidigung der Demokratie* (ausgew. und hrsg. von Jestaedt und Oliver Lepsius). Tübingen: Mohr.
- Kersten, Jens: Die Entwicklung des Konzepts der Daseinsvorsorge im Werk von Ernst Forsthoff. *Der Staat*, 4/2005, 543-569.
- Kervégan, Jean-François 2005: *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*. Paris: PUF
- Kininger, Ewald 1971: *Die Realität der Rechtsnorm. Eine empirische Studie*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Kirchmann, Julius Hermann von 1990: *Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Berlin / Freiburg: Rudolf Haufe Verlag.
- Klein, Friedrich 1934: *Institutionelle Garantien und Rechtsinstitutsgarantien*. Breslau: M & H. Marcus.

- Klein, Friedrich 1966: Vorbemerkungen. In Klein, Friedrich – von Mangoldt, Hermann: *Das Bonner Grundgesetz*. Bd. I. Berlin / Frankfurt/M: Verlag Franz Vahlen.
- Klein, Hans H. 2003: „Der totale Staat”. Betrachtungen zu Ernst Forsthoffs gleichnamiger Schrift von 1933. In Blümel, Willi (hrsg.): *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 21-39.
- Klug, Ulrich 1982: *Juristische Logik*. Berlin / Heidelberg / New York: Springer Verlag.
- Kubeš, Vladimir 1986: *Ontologie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Kundera, Milan 2007: *Halhatatlanság*. Budapest: Európa Könyvkiadó.
- Klenner, Hermann 1972: *Rechtsleere. Verurteilung der Reiner Rechtslehre*. Berlin: Akademie Verlag.
- Koellreutter, Otto 1932: Carl Schmitt: Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung. [Buchbesprechung] *AöR*, 1932, Bd. 22, 110-116.
- Korn, Karl 1959: *Sprache in der verwalteten Welt*. Olten: Walter.
- Körösi András 2004: Carl Schmitt állam- és politikaelméleti alapfogalmai. In Cs. Kiss Lajos (szerk., bev., vál.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmitttről*. Budapest: Gondolat Kiadó, 147-167.
- Kriele, Martin 1979: *Recht und praktische Vernunft*. Göttingen: Vandenhoeck&Ruprecht.
- Kröger, Klaus 1990: Der Wandel des Grundrechtsverständnisses in der Weimarer Republik. In Köbler, Gerhard – Heinze, Meinhard – Schapp, Jan (hrsg.): *Geschichtliche Rechtswissenschaft: Ars Tradendo Innovandoque Aequitatem Sectandi. Freundesgabe für Alfred Söllner zum 60. Geburtstag*. Gießen: Brühlscher Verlag, 299-312.
- Larenz, Karl 1934: *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*. Tübingen: Mohr.
- Larenz, Karl 1938: *Über Gegenstand und Methode des völkischen Rechtsdenkens*. Berlin: Junker und Dünhaupt.
- Lassalle, Ferdinand 1958: *Über Verfassungswesen*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Lilla, Mark 2005: *A zabolátlan értelem. Értelmisség a politikában*. Budapest: Európa.
- Lippold, Rainer 2000: *Recht und Ordnung. Statik und Dynamik der Rechtsordnung* [Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 21]. Wien: Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung.
- Loewenstein, Karl 1931: *Erscheinungsformen der Verfassungsänderung. Verfassungsrechtsdogmatische Untersuchungen zu Artikel 76 der Reichsverfassung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Loewenstein, Karl 1961: *Über Wesen, Technik und Grenzen der Verfassungsänderung*. Berlin: Walter de Gruyter & Co.

- Loewenstein, Karl 1975: *Verfassungslehre*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- Luhmann, Niklas 1987: *Rechtssoziologie*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Luhmann, Niklas 1995: *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas 1999: *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
- Lukács György 1978: *Az ész trónfosztása*. Budapest: Magvető Kiadó.
- Mager, Ute 2003: *Einrichtungsgarantien. Entstehung, Wurzeln, Wandlungen und grundgesetzgemäße Neubestimmung einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Mainzer, Claudia 2003: *Die dogmatische Figur der Einrichtungsgarantie*. Baden-Baden: Nomos.
- Mayer, Otto 2004: *Deutsches Verwaltungsrecht*. I. und II. Band. Unveränderter Nachdruck der 1924 erschienenen 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- Mehring, Reinhard 2001: *Carl Schmitt zur Einführung*. Hamburg: Junius Verlag.
- Mehring, Reinhard 2009: *Carl Schmitt. Aufstieg und Fall. Eine Biographie*. München: Beck.
- Meier, Christoph 1986: *Zur Diskussion über das Rechtsgefühl. Themenvielfalt – Ergebnistrends – neue Forschungsperspektiven*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Meinel, Florian 2007: Ernst Forsthoff and the Intellectual History of the German Administrative Law. *German Law Journal*, Vol. 8, No. 8, 785-789.
- Menzel, Eberhard 1937: Das Ende der institutionellen Garantie. *AöR*, 1937, Bd. 28., 32-76.
- Merker, Barbara 2001: Sorge als Sein des Daseins. In Rentsch, Thomas (hrsg.): *Martin Heidegger: Sein und Zeit*. Berlin: Akademie Verlag, 117-132.
- Mill, John Stuart 1988: *Über die Freiheit*. Stuttgart: Philipp Reclam jun.
- Moór, Julius 2006: *Schriften zur Rechtsphilosophie*. Budapest: Szent István Társulat.
- Morvai Krisztina 1992: Emberi jogok, jogállamiság, „visszamenőleges” igazságszolgáltatás. *Jogtudományi Közlöny*, 1992/2.
- Mouffe, Chantal 2007: *Über das Politische. Wider die kosmopolitische Illusion*. Frankfurt/M: Suhrkamp.
- Mußnug, Reinhard 1988: Carl Schmitts verfassungsrechtliches Werk und sein Fortwirken im Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. In Helmut Quaritsch (hrsg.): *Complexio Oppositorum. Über Carl Schmitt. Vorträge und Diskussionsbeiträge des 28. Sonderseminars 1986 der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer*. Berlin: Duncker & Humblot, 517-528.

- Müller-Mall, Sabine 2007: Normative Kräfte. In Bung, Jochen – Brian, Valerius – Ziemann, Sascha (hrsg.): Normativität und Rechtskritik. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie (JFR) in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) im September 2006 in Würzburg und im März 2007 in Frankfurt am Main. [ARSP Beiheft Nr. 111.]. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 16-27.
- Nicolai, Helmut 1934: Grundsätzliches über den Zusammenhang von Volk und Rasse. *Deutsches Recht*, 24. Februar 1934.
- Noack, Paul 1993: *Carl Schmitt. Eine Biographie*. Berlin / Frankfurt/M: Propyäden.
- Olechowski, Thomas 2009: Kelsens Rechtslehre im Überblick. In: Ehs, Tamara (hrsg.): *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Wien: Facultas.
- Olivecrona, Karl 1981: A jog mint tény. In Varga Csaba (szerk.): *Jog és filozófia. Antológia a század első felének polgári jogelméleti irodalma köréből*. Budapest: Akadémiai Kiadó, 343-358.
- Ooyen, Robert Christian van 2009: Staat und pluralistische Gesellschaft bei Kelsen. In: Ehs, Tamara (hrsg.): *Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung*. Wien: Facultas.
- Ossenbühl, Fritz 1971: Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht. *DÖV*, 15-16/1971, 513-524.
- Ost, François 1999: *Le temps du droit*. Paris: Odile Jacob, 1999.
- Paksy, Máté 2003: Quelques réflexions théoriques sur la jurisprudence récente relative a l'article 4 de Code civil français. *Jogelméleti Szemle*, 2003/4 [<http://jesz.ajk.elte.hu/paksy16.html>]
- Paksy Máté 2004: A francia Polgári Törvénykönyv 4. szakasza és a jogalkalmazó döntési kötelezettsége. In: Notha Tibor – Bölcskey János (szerk.): *Emlékkönyv Lábady Tamás 60. születésnapjára tanítványaitól*. Budapest: Szent István Társulat 2004.
- Paksy Máté 2005: Hippokratész ikrei: jog és filozófia a kelsen jogértelmezésében. *Világosság*, 2005/11, 55-64.
- Panunzio, Sergio 1934: *Allgemeine Theorie des faschistischen Staates*. Berlin / Leipzig: Walter de Gruyter & Co.
- Paschukanis, Eugen 2003: *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik juristischer Grundbegriffe*. Freiburg: ça ira-Verlag.
- Pauen, Michael – Roth, Gerhard 2008: *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*. Frankfurt/M: Suhrkamp (edition unseld).
- Perelman, Chaïm 1962: *Justice et raison*. Bruxelles: Presse Universitaire de Bruxelles.
- Perelman, Chaïm 1979: *Juristische Logik als Argumentationslehre*. Freiburg / München: Verlag Karl Alber.



- Peschka Vilmos 1972: *A modern jogfilozófia alapproblémái*. Budapest: Gondolat Kiadó.
- Peschka Vilmos 1981: Értékek és kategóriák a jogalkotásban. *Jogtudományi Közlöny*, 1981/4, 239-247.
- Peschka Vilmos 1988: *A jog sajátossága*. Budapest: Akadémiai Kiadó.
- Petrazicky, Lev Iosifovic 1907: *Über die Motive des Handelns und über das Wesen der Moral und des Rechts*. Berlin: Verlag von H. W. Müller.
- Petrétei József 2008: Az alkotmányozó hatalomról. *Jura*, 2008/1, 124-137.
- Pokol Béla 1990: Alapjogok és alkotmánybíráskodás – jogelméleti nézőpontból. *Jogtudományi Közlöny*, 1990/5, 144-155.
- Pokol Béla 2001: *A jog elmélete*. Budapest: Rejtjel.
- Pokol Béla 2003: *A bírói hatalom*. Budapest: Századvég Kiadó.
- Pokol Béla 2005: *Jogelmélet*. Budapest: Századvég Kiadó.
- Prinz, Wolfgang 2008: Wille und Ziel oder ist willentliches Handeln dasselbe wie zielorientiertes Handeln? In Vierkant, Tillmann (hrsg.): *Willenshandlungen. Zur Natur und Kultur der Selbststeuerung*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 14-39.
- Quaritsch, Helmut: Erinnerung an Ernst Forsthoff. *NJW*, 1974, 2120.
- Quaritsch, Helmut 1987: Institutionelle Garantie. In Herzog, Roman – Kunst, Hermann – Schlaich, Klaus – Schneemelcher, Wilhelm (hrsg.): *Evangelisches Staatslexikon*. Bd. 1. Stuttgart: Kreuz Verlag, 1351-1354.
- Radbruch, Gustav 1914: *Grundzüge der Rechtsphilosophie*. Leipzig: Verlag von Quelle & Meyer.
- Rehbinder, Manfred 2003: *Rechtssoziologie*. München: Verlag C. H. Beck.
- Reich, Andreas 1994: *Verfassung des Landes Sachsen-Anhalt. Kommentar*. Bad Honnef: K. H. Bock.
- Renard, Georges 1929: *La Justice et La Volonté. Conférences d'Introduction philosophique à l'étude du droit*. Paris: Librairie de la Société du Recueil Sirey.
- Riezler, Erwin 1946: *Das Rechtsgefühl. Rechtspsychologische Betrachtungen*. München: Biederstein-Verlag.
- Rigaux, Marie-Françoise 2000: Constitution et concordance des temps. In Gérard, Philippe – Ost, François – van de Kerchove, Michel (éd.): *L'accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés universitaires de Saint-Louis, 395-412.
- Romano, Santi 1975: *Die Rechtsordnung*. Berlin: Duncker & Humblot.

- Ronellenfitch, Michael 2003: Daseinsvorsorge als Rechtsbegriff. Aktuelle Entwicklungen im nationalen und europäischen Recht. In Blümel, Willi (hrsg.): *Ernst Forsthoff. Kolloquium aus Anlaß des 100. Geburtstages von Prof. Dr. Dr. h.c. Ernst Forsthoff*. Berlin: Duncker & Humblot, 53-114.
- Rothar, Werner 1979: *Recht und Bewußtsein. Zur Psychologie des Zivilrechts*. Edelsbach: Verlag Rolf Grammer.
- Ross, Alf 1989: *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*. Aalen: Scientia Verlag.
- Röhl, Klaus F. 1990: Institutionstheoretische Ansätze in der Rechtssoziologie und institutionelles Rechtsdenken. In Göhler, Gerhard – Lenk, Kurt – Schmalz-Bruns, Rainer (hrsg.): *Die Rationalität politischer Institutionen. Interdisziplinäre Perspektiven*. Baden-Baden: Nomos, 357-380.
- Rüthers, Bernd 1970: „Institutionelles Rechtsdenken“ im Wandel der Verfassungsepochen. Ein Beitrag zur politisch-kritischen Funktion der Rechtswissenschaft. Bad Homburg / Berlin / Zürich: Gehlen.
- Rüthers, Bernd 1988: *Entartetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*. München: Beck.
- Rüthers, Bernd 1991: *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Heidelberg: C. F. Müller.
- Rüthers, Bernd 2007: *Rechtstheorie*. München: Verlag C. H. Beck.
- Saage, Richard 1983: Rückkehr zum starken Staat? Zur Renaissance des Freund-Feind-Denkens in der Bundesrepublik. In Saage, Richard: *Rückkehr zum starken Staat? Studien über Konservatismus, Faschismus und Demokratie*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 7-35.
- Saage, Richard 1983a: Konservatismus und Faschismus. Anmerkungen zu Ernst Forsthoffs Entwicklung vom Totalen Staat zum Staat der Industriegesellschaft. In Saage, Richard: *Rückkehr zum starken Staat? Studien über Konservatismus, Faschismus und Demokratie*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 181-201.
- Samu Mihály 1997: *Alkotmányozás, alkotmány, alkotmányosság*. Budapest: Korona Kiadó.
- Sasse, Christoph 1960: Die verfassungsrechtliche Problematik von Steuerreformen. Ein Beitrag zur Interpretation der Art. 105 und 106 des Grundgesetzes und zur Frage der verfassungsrechtlichen Bestandsgarantien. *AöR*, Bd. 85, 424-457.
- Sauer, Wilhelm 1934/35: Recht und Volksmoral im Führerstaat. Zu den Grundfragen der deutschen Rechtserneuerung. *ARSP*, Bd. XXVIII.
- Savigny, Carl Friedrich von 1840: *System des heutigen römischen Rechts*. Bd. 1. Berlin: Veit.

- Scheidemann, Dieter 1991: *Der Begriff Daseinsvorsorge. Ursprung, Funktion und Wandlungen der Konzeption Ernst Forsthoffs*. Göttingen / Zürich: Muster-Schmidt.
- Scheuner, Ulrich 1978: Die institutionellen Garantien des Grundgesetzes. In Scheuner, Ulrich: *Staatstheorie und Staatsrecht. Gesammelte Schriften*. Berlin: Duncker & Humblot, 665-708.
- Schlink, Bernhard 1991: Why Carl Schmitt? *Rechtshistorisches Journal*, 10/1991.
- Schmidt-Jortzig, Edzard 1979: *Die Einrichtungsgarantien der Verfassung. Dogmatischer Gehalt und Sicherungskraft einer umstrittenen Figur*. Göttingen: Otto Schwartz & Co.
- Schmitt, Carl 1928: *Verfassungslehre*. München / Leipzig: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1931: Wohlerworbene Beamtenrechte und Gehaltskürzungen. *DJZ*, 15. Juli 1931, 917-921.
- Schmitt, Carl 1932: *Legalität und Legitimität*. München / Leipzig: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1934: Ein Jahr nationalsozialistischer Verfassungsstaat. *DR*, 25. Januar 1934, 27-30
- Schmitt, Carl 1934a: Nationalsozialistisches Rechtsdenken. *DR*, 25. Mai 1934, 225-229.
- Schmitt, Carl 1958: Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931). In Schmitt, Carl: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 140-173.
- Schmitt, Carl 1958a: Grundrechte und Grundpflichten (1932). In Schmitt, Carl: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 174-231.
- Schmitt, Carl 1958b: Staat als ein konkreter an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff. In Schmitt, Carl: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 375-385.
- Schmitt, Carl 1958c: Weiterentwicklung des totalen Staates in Deutschland (1933). In Carl Schmitt: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 – 1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot, 359-366.
- Schmitt, Carl 1967: Die Tyrannei der Werte. In *Säkularisation und Utopie. Ernst Forsthoff zum 65. Geburtstag*. [Ebracher Studien] Stuttgart / Berlin / Köln / Mainz: W. Kohlhammer Verlag, 37-62.
- Schmitt, Carl 1988: Die Wendung zum totalen Staat (1931). In Schmitt, Carl: *Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar – Genf – Versailles*. Berlin: Duncker & Humblot, 146-157.
- Schmitt, Carl 1992: *Politikai teológia*. Budapest: AkaPrint.
- Schmitt, Carl 1993: *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*. Berlin: Duncker & Humblot.

- Schmitt, Carl 1995: Starker Staat, gesunde Wirtschaft. In Carl Schmitt: *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969*. Hrsg. von Günther Maschke. Berlin: Duncker & Humblot, 71-85.
- Schmitt, Carl 1996: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1997: *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Ius Publicum Europaeum*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 1998: *Politische Romantik*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 2002: A politikai fogalma. In Schmitt, Carl: *A politikai fogalma. Válogatott politika- és államelméleti tanulmányok*. (ford., bev., szerk. Cs. Kiss Lajos) Budapest: Osiris – Pallas Stúdió – Attraktor.
- Schmitt, Carl 2003: *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 2003a: Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff. In Schmitt, Carl: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*. Duncker & Humblot: Berlin, 2003.
- Schmitt, Carl 2004: *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 2004a: *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre der Souveränität*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 2005: *Tagebücher. Oktober 1912 bis Februar 1915*. Hrsg. von Ernst Hüsmert. Berlin: Akademie Verlag.
- Schmitt, Carl 2006: *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 2009: *Begriff des Politischen*. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl 2009a: *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis*. München: Beck.
- Schneider, Hans 1953: Das Ermächtigungsgesetz vom 24. März 1933. *VfZG*, 1. Jg. 3. Heft, 197-221.
- Scholz, Rupert – Arnd Uhle 2001: „Eingetragene Lebenspartnerschaft“ und Grundgesetz. *NJW*, 54. Jg., 5. Februar 2001, 393-400.
- Schütter, Christian 2006: *Progressive Verwaltungsrechtswissenschaft auf konservativer Grundlage. Zur Verwaltungslehre Ernst Forsthooffs*. Berlin: Duncker & Humblot.

- Seelmann, Kurt 2010: *Rechtsphilosophie*. München: Beck.
- Siebert, Wolfgang 1953: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung. Zur Abgrenzung und Verflechtung von öffentlichem Recht und Privatrecht. In *FS für Hans Niedermayer zum 70. Geburtstag*. Göttingen: Verlag Otto Schwartz & Co, 215-247.
- Smend, Rudolf 1968a: Das Recht der freien Meinungsäußerung. In Smend, Rudolf: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlin: Duncker & Humblot, 89-118.
- Smend, Rudolf 1968b: Bürger und Bourgeois im deutschen Staatsrecht. In Smend, Rudolf: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. Berlin: Duncker & Humblot, 309-325.
- Somló, Felix 1973: *Juristische Grundlehre*. Aalen: Scientia Verlag.
- Sólyom László 1992: Az Alkotmánybíróság önértelmezése. *Jogtudományi Közlöny*, 1992/6, 272-275.
- Stammler, Rudolf 1911: *Theorie der Rechtswissenschaft*. Halle: Buchhandlung des Waisenhauses.
- von Stein, Lorenz 1972: Gegenwart und Zukunft der Rechts- und Staatswissenschaft Deutschlands. In von Stein, Lorenz: *Gesellschaft – Staat – Recht*. Hrsg. von Ernst Forsthoff. Frankfurt/M: Propyläen, 147-494.
- von Stein, Lorenz 2010: *Handbuch der Verwaltungslehre und des Verwaltungsrechts mit Vergleichung der Literatur und Gesetzgebung von Frankreich, England und Deutschland*. Hrsg. von Utz Schliesky. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Stelkens, Ulrich 2005: *Verwaltungsprivatrecht. Zur Privatrechtsbindung der Verwaltung, deren Reichweite und Konsequenzen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Stern, Klaus 1988: Die Einrichtungsgarantien. In Stern, Klaus: *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. III/1. Allgemeine Lehren und Grundrechte. München: Beck, 751-887.
- Stern, Klaus 1992: Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte. In Isensee, Josef – Kirchhof, Paul (hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Bd. V. Heidelberg: C. F. Müller, 45-100.
- Stexhe, Guillaume de 2000: La modernité comme accélération du temps: temps manquant, temps manqué? In Gérard, Philippe – Ost, François – van de Kerchove, Michel (éd.): *L'accélération du temps juridique*. Bruxelles: Facultés universitaires de Saint-Louis, 15-48.
- Stier-Somlo, Fritz 1929: Art. 119. Gleichheit vor dem Gesetz. In Nipperdey, Hans Carl (hrsg.) 1929: *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*. Bd. 1. Berlin / Mannheim: Reimar Hobbing / J. Bensheime, 158-218.
- Stolleis, Michael 1984: Die „Wiederbelebung der Verwaltungslehre“ im Nationalsozialismus. In Heyen, Erk Volkmars (hrsg.): *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*. Frankfurt/M: Vittorio Klostermann, 147-162.

- Storost, Ulrich 1984: Die Verwaltungsrechtslehre Ernst Forsthoffs als Ausdruck eines politischen Verfassungsmodells. In Heyen, Erk Volkmar (hrsg.): *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*. Frankfurt/M: Vittorio Klostermann, 163-188.
- Szabó Miklós 2001: Tudomány – jogtudomány – joggyakorlat. In Szabó Miklós (szerk.): *Bevezetés az állam- és jogtudományokba*. Miskolc: Bíbor Kiadó 2001.
- Szigeti Péter 2003: Legalitás és legitimitás Magyarországon. *Fundamentum*, 2003/1, 73-78.
- Szilágyi Péter 2007: Az államelmélet mint valóságtudomány – Hermann Heller vitája Hans Kelsennel. In Cs. Kiss Lajos (szerk., bev., vál.) 2007: *Hans Kelsen jogtudománya. Tanulmányok Hans Kelsenről*. Budapest: Gondolat Kiadó (MTA Jogtudományi Intézete, ELTE Állam- és Jogtudományi Kar), 383-401.
- Takács Péter 2004: Az állam politikai fogalma. In Cs. Kiss Lajos (szerk., bev., vál.): *Carl Schmitt jogtudománya. Tanulmányok Carl Schmittől*. Budapest: Gondolat Kiadó, 168-180.
- Tamás András 2005: A tiszta jogtan alkotmányelmélete. *Világosság*, 2005/11, 65-76.
- Tamás András 2007: *Legistica. A jogszabálytan vázlat*. Budapest: Szent István Társulat.
- Tarello, Giovanni 1972: Sur la spécificité du raisonnement juridique. *ARSP Beiheft Nr. 7*, Wiesbaden: Franz Steiner Verlag.
- Techet, Péter 2007: A jog funkcionális értelmezése. A jog kulturális, társadalmi-politikai és időbeli dimenziójáról. *Valóság*, 2007/5, 63-76.
- Techet, Péter 2008: A posztpolitikum bírálata. *Iustum Aequum Salutare*, 2008/3, 265-275.
- Techet, Péter 2009: Új irányok a jogelméletben. [recenzió Sonja Buckel – Ralph Christensen – Andreas Fischer-Lescano (hrsg.): *Neue Theorien des Rechts*. Stuttgart, 2009 c. Könyvéről]. *Iustum Aequum Salutare*, 2009/2, 231-237.
- Techet, Péter 2012: Carl Schmitt és a nemzetiszocializmus. *Politikatudományi Szemle*, 2012/1, 133-152.
- Thoma, Richard 1929: Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen. In Nipperdey, Hans Carl (hrsg.): *Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung. Kommentar zum zweiten Teil der Reichsverfassung*. Bd. 1. Berlin / Mannheim: Reimar Hobbing / J. Bensheime, 1-53.
- Vaihinger, Hans 1920: *Die Philosophie des Als ob. System der theoretischen, praktischen und religiösen Fiktionen der Menschheit auf Grund eines idealistischen Positivismus*. Leipzig: Verlag von Felix Meiner.
- van Laak, Dirk 1993: *Gespräche in der Sicherheit des Schweigens. Carl Schmitt in der politischen Geistesgeschichte der frühen Bundesrepublik*. Berlin: Akademie Verlag.

- Varga Csaba 1992: A jogi normaalkalmazás természete. *Állam- és Jogtudomány*, 1992/1-4, 55-92.
- Varga Csaba 2001: Bevezetés. In Kelsen, Hans: *Tiszta jogtan*. Budapest: Rejtjel, IX-XVIII.
- Varga Csaba 2000a: A jogi okfejtés társadalmi meghatározottságáról. In: Varga Csaba 2000: *A jog mint logika, rendszer és technika*. Budapest: Szent István Társulat.
- Varga Csaba 2002: *A bírói ténymegállapítási folyamat természete*. Budapest: Akadémiai Kiadó.
- Varga Csaba 2003a: *A bírói ténymegállapítási folyamat természete*. Budapest: Akadémiai Kiadó.
- Varga Csaba 2004: *A jogi gondolkodás paradigmái*. Budapest: Szent István Társulat.
- Varga Csaba 2006: A jogbölcsekedés állapota Magyarországon. *Állam- és Jogtudomány*, XLVII/1, 1-29.
- Varga Csaba 2007: *Jogállami? Átmenetünk?* Pomáz: Kráter Műhely.
- Verdross, Alfred 1968: Die Rechtstheorie Hans Kelsen's (1930). In Klecatsky, Hans – Marcic, René – Schambeck, Herbert (hrsg.): *Die Wiener Rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*. Wien / Frankfurt/M / Zürich: Europa Verlag, 1301-1309.
- Vorländer, Hans 2006: Deutungsmacht – Die Macht der Verfassungsgerichtsbarkeit. In Vorländer, Hans (Hrsg.) 2006: *Die Deutungsmacht der Verfassungsgerichtsbarkeit. Verfassung und Politik*. Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 9-33.
- Waechter, Kay 1996: Einrichtungsgarantien als dogmatische Fossilien. *Die Verwaltung*, Bd. 29, S. 47-72.
- Waldhoff, Christian 2010: Entstehung des Verfassungsgesetzes. In Depenheuer, Otto – Grabenwarter, Christoph (hrsg.): *Verfassungstheorie*. Tübingen: Mohr Siebeck, 289-348.
- Walther, Manfred 1989: Hat der juristische Positivismus die deutschen Juristen im »Dritten Reich« wehrlos gemacht? Zur Analyse und Kritik der Radbruch-These. In Dreier, Ralf – Sellert, Wolfgang (hrsg.): *Recht und Justiz im »Dritten Reich«*. Frankfurt/M: Suhrkamp, 323-354.
- Weber, Max 2006: *Wirtschaft und Gesellschaft*. Paderborn: Voltmedia.
- Willoweit, Dietmar 2005: *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*. München: Verlag C. H. Beck.
- Winterhoff, Christian 2007: *Verfassung – Verfassungsgebung – Verfassungsänderung. Zur Theorie der Verfassung und der Verfassungsrechtserzeugung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Wittreck, Fabian 2008: *Nationalsozialistische Rechtslehre und Naturrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Wolff, Martin 1923: Reichsverfassung und Eigentum. In *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923*. Tübingen: Mohr Siebeck, S. 3-30.

Zippelius, Reinhold 1997: *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie.* München: Verlag C. H. Beck.

Zlinszky János 2006: *Az Alkotmány értéktartalma és a mai politika. Székfoglaló 2005. október 24.* Budapest: Szt. István Társulat.



## Jogszabályok

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. In Jacques Godechot (ed.) 1995: *Les Constitutions de la France depuis 1789*. Paris: Garnier Flammarion, 33-35.

Übergangsgesetz. Vom 4. März 1919 (RGBl. Nr. 55, ausgegeben am 7. März 1919, S. 285). In *Preußisches Archiv. Sammlung der Gesetze und der das Rechtswesen betreffenden Verordnungen und Verfügungen Preußens und des Reichs*. Freiburg im Breisgau: J. Bielefelds Verlag, 240-241.

Verfassung des Deutschen Reiches („Weimarer Reichsverfassung“)

1949. évi XX. törvény a Magyar Köztársaság Alkotmányáról

Latvijas Republikas Satversme. [A Lett Köztársaság Alkotmánya] [www.verfassungen.eu/lv; eredeti nyelven: [http://www.saeima.lv/Likumdosana/likumdosana\\_satversme.html](http://www.saeima.lv/Likumdosana/likumdosana_satversme.html)]

Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland („Bonner Grundgesetz“)